

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

OBJET ET ÉTENDUE

DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LA DOT

LORS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

DROIT FRANÇAIS

DE LA PERCEPTION

DES

DROITS D'ENREGISTREMENT

EN MATIÈRE DE CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RAYMOND GRÉBAN

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR.

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1891

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

OBJET ET ÉTENDUE

DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LA DOT

LORS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

DROIT FRANÇAIS

DE LA PERCEPTION

DES

DROITS D'ENREGISTREMENT

EN MATIÈRE DE CONVENTIONS MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 23 janvier 1891 à 1 heure.

PAR

RAYMOND GRÉBAN

Président : M. LABBÉ

Suffragants : { MM. BUFNOIR
HENRY MICHEL } *professeurs.*
LÉON MICHEL, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1891





Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MES GRANDS PARENTS

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON COUSIN DE PITRE

DROIT-ROMAIN

OBJET ET ÉTENDUE

DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LA DOT

LORS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

SUR LE PRINCIPE DE LA RESTITUTION DE LA DOT

1. — Les questions concernant le règlement des droits respectifs du mari et de la femme relativement à la dot ne se sont pas posées à toutes les époques de la législation romaine.

Première période. — 2. — Pendant les cinq premiers siècles de l'existence de Rome, le mari était propriétaire irrévocable des biens dotaux et les conservait à perpétuité sans avoir de compte à rendre à leur égard. « Il » n'existait, dit Aulu-Gelle, à Rome et dans le Latium, ni » actions ni stipulations *rei uxoriæ*, sans doute parce » qu'il n'en était pas besoin, les mariages n'étant point » alors rompus par les divorces » (1). Ceci était vrai aussi bien quand le mariage avait été accompagné d'une convention *in manum* que dans le cas où les époux avaient

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, IV, 3.

adopté le régime du mariage libre, c'est-à-dire contracté *sine manu*.

D'après les plus grandes vraisemblances, le mariage *cum manu* était seul connu à l'origine et le mariage libre ne fut pratiqué que plus tard ; mais ce qui est hors de doute, c'est que, dès la loi des Douze-Tables, ces deux formes de régimes matrimoniaux étaient consacrées à Rome.

3. — La *manus* était produite soit par la *confarreatio*, cérémonie religieuse propre aux Patriciens, soit par la *coemptio*, qui ne pouvait sans doute intervenir qu'entre Plébéiens (1), soit par l'*usus*, qui consistait en une année de cohabitation (Gaius, *Institutes*, I, §§ 112 et 113).

La *manus* engendrait des effets importants aussi bien vis-à-vis de la personne de la femme qu'à l'égard de son patrimoine. La femme subissait une *capitis deminutio minima* ; elle sortait de sa famille pour entrer dans celle de son mari ; elle était considérée comme la fille de son époux et comme la sœur de ses propres enfants (Gaius, I, §§ 111 et 114).

Était-elle *sui juris* ? tout ce qu'elle possédait au moment du mariage et tout ce qu'elle acquérait par la suite devenait la propriété de son mari, comme les acquisitions faites par le fils ou la fille de famille profitaient au père. « *Cum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine* » (2). Mais, comme à cette époque la femme *sui juris* se trouvait toujours sous la tutelle de ses agnats, en même temps ses présomptifs héritiers, elle ne pouvait faire la *conventio in manum* sans leur autorisation, parce que la *manus* entraînait l'aliénation de son patrimoine. Il est présu-

(1) Tout au moins à l'origine. Mais la *coemptio* dut être accessible aux Patriciens quand les mariages furent permis entre les deux ordres et surtout quand la *confarreatio* eût perdu son antique effet. *Conf.* M. Accarias (4^e édit.) *Précis de droit romain*, I, n° 120.

(2) Cicéron, *Topiques*, n° 4. — Voir aussi Gaius, III, § 83.

ble que cette autorisation était obtenue à prix d'argent.

Si la femme était *filiafamilias*, il ne lui était pas possible d'avoir un patrimoine personnel. Cette situation devait la placer, au point de vue du mariage, dans une condition moins favorable que celle où se trouvait la femme *sui juris*. En effet, tandis que les biens de cette dernière servaient à supporter les charges du mariage, la femme *alieni juris* n'avait rien à apporter à son mari et, par suite, se mariait moins avantageusement. Aussi, dans l'usage, le père de famille, pour procurer à sa fille tombant *in manu* un établissement convenable, faisait dans son intérêt une donation au mari.

4. — A côté du mariage avec *manus*, apparaît et se développe l'institution du mariage libre. Se trouvaient soumises à ce régime : la femme *sui juris* qui n'avait pas voulu, ou, par suite du refus de consentement de ses tuteurs, n'avait pas pu faire la *conventio in manum*, et la femme *alieni juris* que son père avait préféré garder dans sa famille au nombre de ses héritiers.

Ce mode d'union était pour ainsi dire de droit commun à la fin de la République. La *manus* devait en effet disparaître peu à peu par suite de l'introduction du divorce dans les mœurs romaines : la *confarreatio* n'était déjà plus en usage sous les premiers empereurs, sauf dans des cas exceptionnels ; l'*usus* n'existait plus à l'époque de Gaius, et la *coemptio*, dont parle encore ce jurisconsulte, dut tomber rapidement en désuétude, en sorte que, dès le troisième siècle de l'ère chrétienne, il ne sera plus du tout question de la *manus*.

Sous ce régime, la femme *sui juris* avant le mariage restait libre de sa personne et de ses biens, sauf les droits de ses agnats sous la tutelle desquels elle était placée, et, si elle était *alieni juris*, la puissance paternelle subsistait avec toute son énergie. La fortune des deux époux demeurait absolument distincte. Le mari n'acquerrait

rien de sa femme tout en étant obligé de supporter les charges du mariage et de pourvoir à l'établissement des enfants issus de cette union.

C'est alors que se fit sentir la nécessité de remédier à cet état de choses. L'on y parvint en mettant la femme qui se mariait librement dans la même situation que celle qui tombait *in manu* et apportait au mari, pour se confondre à perpétuité dans son patrimoine, soit sa fortune entière, si elle était *sui juris*, soit les biens donnés par son *paterfamilias* si elle était en puissance. En conséquence, les tuteurs de la femme *sui juris* durent l'autoriser à faire à son mari une donation *matrimonii causa* et se contenter de leur vocation héréditaire sur le surplus de son patrimoine. D'autre part, si la femme était *alieni juris*, son *paterfamilias*, qui avait déjà coutume, lorsqu'elle était soumise au régime de la *manus*, de constituer dans son intérêt des biens au mari, dut également faire une donation à ce dernier quand le mariage avait lieu *sine manu* (1).

Les biens donnés au mari par la femme, son père, ou toute autre personne en considération d'un mariage contracté *sine manu*, formaient la *res uxoria*, c'est-à-dire la dot au sens juridique du mot. En effet, si l'on pouvait jusqu'à un certain point appeler dotale le patrimoine de la femme qui se soumettait à la puissance maritale, c'était uniquement parce qu'en fait les biens ainsi apportés avaient la même destination que la dot proprement dite. Mais, à la différence de la dot qu'il acquérait au moyen d'une donation, le mari devenait propriétaire, par la seule vertu de la *manus*, des biens de la femme soumise à sa puissance.

5. — Donc, pendant cette première période, on peut

(1) Plus tard les lois caducaires imposèrent au père de famille le devoir de doter sa fille et cette obligation fut étendue dans certains cas spéciaux au père qui n'avait pas la puissance paternelle (l. 7, C. *de dotis promissione*, 5, 11) et à la mère elle-même (l. 14, C. *de jure dotium*, 5, 12).

considérer, comme étant d'une exactitude rigoureuse, la maxime contenue dans la loi 1, D. *de jure dotium*, 23,3 : « *Dotis causa perpetua est* ». La signification de cette phrase de Paul est que les biens apportés au mari à titre de dot étaient alors destinés non seulement à supporter les charges contemporaines du mariage, mais encore à faire face à une charge perpétuelle qui, suivant l'expression de M. Labbé, « est l'existence, le sort pécuniaire de » la descendance à naître du mariage » (1).

6. — Cette législation, quelque primitive qu'elle puisse paraître, était appropriée aux besoins de cette époque et conciliait les intérêts de la femme, du mari et des enfants issus de leur union.

Tout d'abord, tant que durait le mariage, et à ce moment il ne se dissolvait guère que par la mort de l'un des époux, la femme qui partageait d'une façon absolue la condition de son mari profitait des revenus des biens dotaux.

Si l'union des époux prenait fin par la mort du mari, la situation de la veuve était ainsi réglée : était-elle soumise à la *manus*, elle recueillait la succession de son mari conjointement avec ses enfants et par égales portions avec eux ; se trouvait-elle mariée *sine manu*, la coutume était que son époux lui laissât par testament ou un legs ou la dot elle-même, ainsi que le démontrent les textes concernant le *legatum pro dote*, le *prælegatum dotis* et l'édit *de alterutro*.

Quand le mariage était dissous par le prédécès de la femme, n'était-il pas naturel que le mari, sous le régime de la *manus*, comme sous le régime du mariage libre, conservât les biens dotaux puisque les enfants demeuraient à sa charge ? Et même, en admettant qu'il n'existât pas d'enfants, n'était-il pas encore plus conforme à

(1) M. Labbé, *Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien* d'Ortolan, 11^e édition, *Appendice*, IX, p. 821.

l'équité de préférer le mari à des héritiers collatéraux ?

Si le mariage était rompu par le divorce, qui paraît avoir existé de tout temps à Rome, bien qu'il fût peu pratiqué à l'origine, le juge accordait à la femme, ou lui refusait, suivant les circonstances, la restitution totale ou partielle de sa dot.

Enfin, les enfants trouvaient eux-mêmes un avantage dans cette législation. Civilement étrangers à la succession de leur mère, ils recueillaient, confondus dans le patrimoine paternel, les biens dotaux qui autrement seraient allés à des collatéraux. La constitution de dot était d'ailleurs le seul moyen dont disposât à cette époque la femme mariée *sine manu* pour transmettre sa fortune à ses enfants. En effet, elle ne pouvait tester et sa succession *ab intestat* était dévolue à la famille dans laquelle elle était restée et où elle conservait tous ses droits.

2^e période. — 7. — La fréquence des divorces, qui vinrent au VI^e siècle modifier l'état de la société romaine, amena une modification profonde de la législation dotale. Le mariage était devenu un véritable trafic; les maris répudiaient leurs femmes pour gagner leurs dots. La nécessité s'imposa donc de protéger la femme contre les conséquences d'une répudiation injuste, qui pouvait la laisser sans ressources, exposée à la misère et à un célibat forcé. D'autre part, il était indispensable dans l'intérêt même de l'État, en présence de la diminution croissante du nombre des familles ingénues, que la femme pût se remarier. Sa dot lui était nécessaire pour cela : « *Rei publicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* » (l. 2, D. de jure dotium). Tel fut le point de départ de la théorie de la restitution de la dot.

8. — Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse d'un mariage contracté *sine manu* ; nous examinerons plus tard la question controversée de savoir si la *conventio in*

manum était ou non compatible avec l'existence d'une action en restitution de la dot.

9. — *Cautiones rei uxoriæ*. — Le droit civil lui-même offrit un premier moyen d'obtenir la restitution des biens dotaux. La femme, ou la personne qui lui constituait une dot, pouvait, au moment du mariage, obtenir du mari la promesse de rendre les biens dotaux dans certains cas déterminés. Cette obligation était sanctionnée par l'action *ex stipulatu*. La promesse de restitution de la dot ainsi faite reçut le nom de *cautio rei uxoriæ*. Boèce (1) nous a laissé la formule de cette *cautio* dans un passage ainsi conçu : « *Dos interdum his conditionibus dari solebat ut si divortium contigisset quod æquius melius esset apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori* ». D'après Aulu-Gelle (2), l'action *ex stipulatu*, à laquelle la *cautio rei uxoriæ* donnait ouverture, conférait au juge les pouvoirs d'examen et de décision qui, suivant l'expression de Caton, étaient ceux d'un censeur : « *judex pro censore est, imperium quod videtur habet* ». Ces pouvoirs permettaient au juge de ne s'inspirer que de l'équité pour résoudre les diverses questions auxquelles la restitution de la dot donnait lieu, en tenant compte du nombre des enfants communs, des torts respectifs des conjoints et des dépenses faites par le mari pour la conservation et l'amélioration des biens dotaux.

10. — *Action rei uxoriæ*. — La femme avait pu oublier ou négliger de stipuler la *cautio rei uxoriæ*. La jurisprudence vint alors à son secours et lui donna l'action *rei uxoriæ* qui fut comme le remède apporté aux dangers que le divorce lui faisait courir. De conventionnelle qu'elle avait été jusque-là, l'obligation de restituer devint légale.

(1) Boèce, *ad Ciceronem Topiques*, 4.

(2) *Nuits attiques*, X, 22.

11. — Sans doute, à l'origine, l'action *rei uxoriæ* fut limitée au cas qui lui avait donné naissance, c'est-à-dire au divorce. Un texte souvent cité d'Aulu-Gelle (1) confirme cette supposition. « Aussi, dit cet auteur, Servius » Sulpicius, dans son traité *De dotibus*, a écrit que, pour » la première fois après le divorce de Carvilius Ruga, » on a regardé comme nécessaire la caution des biens de » la femme *rei uxoriæ* ».

12. — Mais plus tard l'action fut étendue au cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari. En effet, il était injuste de traiter la veuve moins favorablement que l'épouse répudiée. Toutefois, si le mari avait, conformément à l'usage constant, laissé par testament un legs à sa femme, celle-ci n'avait pas le droit de cumuler le bénéfice de cette libéralité avec l'action *rei uxoriæ* et, d'après l'édit *De alterutro*, il lui était enjoint d'opter entre les deux avantages (l. unic. § 3. C. *de rei uxoriæ actione*, 5-13).

13. — Reste l'hypothèse où c'est par la mort de la femme que le mariage a pris fin. Pour savoir si le mari est tenu de restituer, une distinction doit être établie suivant que la dot est profectice, adventice, ou réceptice. On appelle *profectice* (2) la dot constituée par le père ou un ascendant paternel mâle de la femme, *adventice* celle qui émane de toute autre personne, la femme, un ascendant maternel, un autre parent, un étranger (Ulpien, *Fragments*, VI, § 3). La dot *réceptice* est celle dont le donateur a stipulé expressément le retour (Ulpien, *Fragments*, VI, § 5).

14. — Si la dot est profectice, le père qui survit à sa fille morte *in matrimonio*, en puissance paternelle, ou

(1) *Nuits attiques*, IV, 3.

(2) Sur le point de savoir quand il y a dot profectice, nous nous référons aux développements donnés par M. Pellat dans son commentaire de la loi 5, D. *de jure dotium*. *Textes sur la dot*, p. 57 et suiv.

émancipée (1), est admis à réclamer par l'action *rei uxoriæ* la dot qu'il a constituée. La raison de cette disposition est que, en dotant sa fille, il n'a fait qu'exécuter une obligation légale sans entendre gratifier le mari à ses dépens. Pomponius donne une autre explication ; d'après lui, ce droit de retour légal est fondé sur ce que le père ne peut être réduit à regretter à la fois sa fille et son argent (l. 6 pr. D. *de jure dotium*). Nous pensons que l'ascendant donateur peut exercer le droit de retour même en présence d'enfants issus du mariage.

Le mari est autorisé à retenir sur la dot profectice autant de cinquièmes qu'il existe d'enfants et ce *in infinitum*.

14 bis. — Quand il s'agit d'une dot adventice, le mari la conserve définitivement en cas de prédécès de la femme.

Paul (l. 32, § 1, D. *de religiosis*, 11, 7), supposant la mort simultanée du mari et de la femme, décide que les héritiers du mari garderont la dot adventice et même la dot profectice si l'ascendant qui l'a constituée est prédécédé.

14 ter. — Enfin la dot réceptice retourne à celui qui l'a fournie.

15. — L'esclavage de l'un des époux peut amener la dissolution du mariage. L'on appliquera à cette situation toutes les règles ci-dessus déduites pour le cas où le mariage prend fin par le prédécès du mari ou de la femme.

16. — A qui compète l'action *rei uxoriæ* lorsque le

(1) Loi 5, § 11.— L. 6 pr. D. *de jure dotium*.— Ulpian, *Fragments*, VI, § 4. — Dans un autre système, on soutient que la dot profectice ne fait pas retour au père lorsque la fille n'est plus sous sa puissance au moment où le mariage se dissout. Cette doctrine est basée sur les lois 4, C. *soluto matrimonio*, 5, 18 ; 10 pr. D. *soluto matrimonio*. — Mais, en dehors des textes que nous avons déjà cités, la loi 5, D. *de divortiis*, 24, 2, les lois 10 pr. et 59, D. *soluto matrimonio*, 24, 3 et la loi 71, D. *de evictionibus*, 21, 2 sont contraires à cette opinion.

mariage cesse pour cause de divorce ou de prédécès du mari ? — Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que la femme est *sui juris* ou en puissance.

Est-elle *sui juris*? elle réclamera la dot au moyen de l'action *rei uxoriæ*. Cette action lui est tout à fait personnelle. Cependant ses héritiers pourront s'en prévaloir si, lors du décès, le mari se trouvait en demeure de rendre les biens dotaux (Ulpien, *Fragments*, VI, § 7). Toutefois la réciproque n'est pas vraie et il n'est pas nécessaire que le mari soit mis en demeure pour que l'action *rei uxoriæ* puisse être intentée contre ses représentants. Cujas est d'un avis contraire (1), mais sa doctrine n'est justifiée par aucun texte et aboutit à un résultat inacceptable : en effet, dans l'hypothèse de la dissolution du mariage par le prédécès du mari, il arriverait que la dot serait acquise à ses héritiers, attendu qu'aucune mise en demeure n'aurait été possible.

La femme est-elle *alieni juris*? c'est à son père qu'appartiendra l'action, en vertu de la règle que toute acquisition du fils ou de la fille de famille profite au *paterfamilias*. Néanmoins, par une dérogation spéciale au principe de la puissance paternelle, le père ne peut agir pour se faire restituer la dot, aussi bien profectice qu'adventice, qu'avec le concours de sa fille, *adjunctâ filia personâ* (Ulpien, *Fragments*, VI, § 6). La dot est pour la fille une sorte de patrimoine que le père ne peut lui retirer.

Il existe cependant certains cas dans lesquels la fille de famille a droit, lors de la dissolution du mariage, de recevoir la dot sans le concours de son père. La loi 22, §§ 4, 10 et 11, D. *solutio matrimonio*, nous indique plusieurs de ces situations exceptionnelles. De même Pomponius, dans la loi 24, D. *de jure dotium*, mentionne que la fille de famille qui s'est constitué une dot tirée du

(1) In. tit. *de rei uxoriæ*, t. IX, p. 460.

pécule dont elle a la libre administration peut, à l'événement, recevoir seule sa dot au même titre que le paiement que lui ferait un débiteur quelconque du pécule.

17. — L'action devra être intentée contre le mari lui-même s'il est *sui juris* et contre son *paterfamilias* s'il est soumis à la puissance paternelle. Dans cette dernière hypothèse, le père sera tenu *in solidum* lorsqu'il aura reçu la dot ou donné à son fils l'ordre de la recevoir et il ne pourra être poursuivi que *de peculio* ou *de in rem verso* si son fils a agi sans son ordre. Un point à remarquer c'est que l'action *rei uxoriæ*, qui n'est transmissible activement que dans certains cas et à certaines conditions, passe au contraire passivement contre les héritiers du mari sans aucune distinction (1).

L'action *rei uxoriæ* échappe aux règles générales sur la *capitis deminutio*. L'obligation de restituer continue à incomber au *capite deminutus* sans qu'il y ait lieu à recourir contre lui à une *actio utilis*.

18. — Quelle est la nature de l'action *rei uxoriæ*? L'action *rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta*. Sa formule même indique son caractère particulier, en nous montrant que le juge aura à déterminer *quidquid æquius melius erit* (Cicéron, *Topiques*, 4). Il ne faut donc pas la confondre avec les actions de bonne foi ordinaires. C'est Cujas qui le premier signala l'existence des actions *in bonum et æquum conceptæ* dont la théorie complète fut formulée de nos jours par de Savigny. On ne rencontre dans les textes que quatre actions de cette nature : l'action *rei uxoriæ*, l'action d'injures, l'action *sepulchri violati* et l'action *de effusis*. Leurs caractères distinctifs sont les suivants : 1° elles sont attachées à la personnalité physique de ceux à qui elles appartiennent ; elles meurent avec eux, mais leur *capitis deminutio* ne les atteint pas ; 2° tandis qu'il devait, dans les actions de

(1) Voir *suprà*, n° 16.

bonne foi, régler le litige d'après les usages reçus dans le commerce, le juge devant qui était portée l'action *in bonum et æquum concepta* était libre de décider, en tenant compte de la seule équité et au gré de son estimation personnelle, « *quanti bonum æquum ei videbatur* » ; 3° enfin, suivant la remarque de M. Gide : « le caractère distinctif et essentiel de ces actions, c'est qu'elles » ne sont pas à proprement parler des actions pécuniaires..... L'on peut dire de ces actions ce qu'Ulpien dit » de l'une d'elles : *non est damnum pecuniarum, nam ex bono et æquo actio oritur* » (1). Elles ne deviennent pécuniaires qu'à compter de la *litis contestatio*.

Cette doctrine a rencontré de nombreux contradicteurs. On objecte contre l'interprétation précitée que les textes ne font pas ressortir l'existence d'actions spéciales *in bonum et æquum conceptæ* ; il n'y a en réalité que des actions de droit strict, des actions de bonne foi et des actions arbitraires. L'action *rei uxoriæ* est donc, dit-on, une action de bonne foi ordinaire, dans laquelle cependant le juge possède un pouvoir plus large en ce sens qu'il doit réparer la plus petite lésion. Enfin l'on conclut en invoquant le paragraphe 29 des *Institutes* de Justinien (IV, 6, *de actionibus*) qui indique formellement que l'action *rei uxoriæ* est de bonne foi.

Ces objections ne nous semblent pas décisives. Le fait de reconnaître que l'action *rei uxoriæ* donne au juge une liberté d'appréciation plus complète tend à établir entre les actions de bonne foi une distinction qui, en dernière analyse, aboutit à classer à part la procédure de la restitution de la dot. Les textes eux-mêmes prouvent que l'action *rei uxoriæ* n'était pas considérée à Rome comme une action de bonne foi ordinaire. Ni Cicéron (*De officiis*, III, 17) ni Gaius (IV, § 62) ne l'ont

(1) M. Gide, *Du caractère de la dot en droit romain. Revue de législation étrangère*, année 1872, p. 149.

comprise dans la nomenclature qu'ils ont donnée des actions de bonne foi.

Telle est l'opinion de M. Gide et, comme conclusion, nous dirons avec M. Pellat (*Textes sur la dot*, p. 50): « L'action *rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta* » (*quidquid æquius melius...*). Les Romains considèrent cette qualité comme se rattachant à la nature anormale de la dot. Une conséquence importante qui en découle, c'est que le juge a une latitude de pouvoir bien plus grande que dans les actions *bonæ fidei* ordinaires. Ainsi, notamment, il peut et doit empêcher qu'une partie n'obtienne aux dépens de l'autre, par l'imprévoyance de celle-ci, un profit qui ne serait pas absolument interdit dans d'autres obligations ».

19. — En outre, plusieurs textes démontrent que, dans la pratique, l'action *rei uxoriæ* offrait la physionomie d'une action arbitraire. Par suite, la condamnation n'intervenait que si la restitution de l'objet litigieux ordonnée par le juge n'était pas opérée par le défendeur. Nous citerons à l'appui de cette idée : Cicéron (*Topiques*, 17), la loi 25, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24, 3, et la loi 7, § 1, D. *de fundo dotali*, 23, 5 (1). D'après de Savigny (*System*, tome V, § 221 et suiv.), et nous nous rangeons à sa doctrine, il n'y a en effet aucune impossibilité à ce qu'une action soit à la fois *bonæ fidei* et *arbitraria*; néanmoins cette opinion a été combattue par plusieurs jurisconsultes, notamment par Puchta (2).

20. — L'objet de l'action *rei uxoriæ* n'est pas la restitution de la dot, c'est plutôt la remise d'une portion variable des biens dotaux. A l'origine, le juge n'était soumis à aucune règle fixe pour déterminer la partie de la dot qui devait rester au mari. Il décidait d'après la

(1) Voir *infra* n° 70.

(2) Ajoutons que les Romains semblent bien avoir considéré comme arbitraire l'action *depositi directa* qui est de bonne foi (Voir l. l. 1, § 21 et 22, *Depositum vel contrah.*, 46.3).

seule équité *quod æquius melius esset apud virum manere*. Plus tard, on comprit qu'il était dangereux de laisser subsister ce pouvoir discrétionnaire et, tout en respectant l'ancien principe de la perpétuité de la dot, une loi inconnue vint fixer la quotité que le mari serait autorisé à retenir dans des cas et pour des causes limitativement fixés. L'ensemble de ces règles forme la théorie des *retentiones*.

21. — *Action ex stipulatu*. — La conservation de la dot adventice, en cas de prédécès de la femme, et les diverses retenues que le mari avait droit d'exercer sur les biens dotaux eurent leur raison d'être tant que les enfants ne succédèrent pas à leur mère ; elles atténuaient dans une certaine mesure les inconvénients de la restitution de la dot. Mais lorsque le sénatus-consulte *Orphitien* eut appelé en première ligne les enfants à la succession maternelle, l'usage s'introduisit de stipuler, dans tous les cas et d'une manière complète, la restitution des biens apportés en mariage au mari. Cette stipulation était sanctionnée par l'action *ex stipulatu*. Les anciennes *cautiones rei uxoriæ*, qui donnaient également ouverture à une *action ex stipulatu*, avaient le même objet que l'action *rei uxoriæ*, c'est-à-dire « une sorte de » partage de la dot selon l'arbitrage d'un homme de bien, » une sorte de transaction entre les époux qui se séparaient » (1). A l'époque à laquelle nous sommes arrivé de la législation romaine, l'action *ex stipulatu* se trouve donc avoir en cette matière une étendue d'application plus large qu'autrefois.

22. — L'action *rei uxoriæ* participait de la nature des actions de bonne foi, l'action *ex stipulatu* était de droit strict ; de là résultaient de nombreuses différences entre elles.

A plusieurs points de vue l'action *ex stipulatu* offrait

(1) M. Labbé, *op. cit.* Appendice, IX, p. 825.

à la femme plus d'avantages que l'action *rei uxoriæ*. 1° Tandis que l'action *rei uxoriæ* n'appartient pas aux héritiers de la femme morte pendant le mariage ou après la dissolution du mariage sans que le mari ait été mis en demeure, l'action *ex stipulatu* peut dans ces deux cas être intentée par les héritiers de la femme. 2° Si le mari avait fait un legs à sa femme, celle-ci, agissant par l'action *rei uxoriæ*, devait, sauf disposition contraire du défunt, opter entre cet avantage testamentaire et la restitution de sa dot; l'édit de *alterutro* l'exigeait. Au contraire, la femme avait droit de cumuler ces deux bénéfices quand elle réclamait sa dot par l'action *ex stipulatu*. 3° Les *retentiones* ne s'exerçaient pas quand le mari était poursuivi par l'action *ex stipulatu* (1). 4° Le mari n'était admis à invoquer le bénéfice de compétence que dans l'action *rei uxoriæ* (2). 5° Enfin, les délais qui, dans l'action *rei uxoriæ*, étaient impartis au mari, pour restituer la dot consistant en argent ou en choses fongibles, lui étaient refusés quand la dot lui était demandée en vertu d'une stipulation.

Mais, sous certains autres rapports, l'action *ex stipulatu* protégeait moins efficacement les intérêts de la femme que le faisait l'action *rei uxoriæ*. En effet, si la femme était *filiafamilias*, la créance née du contrat était acquise au père qui la transmettait dans sa succession

(1) Quand, à partir de Marc-Aurèle, la compensation fut admise, sous la forme de l'exception de dol, dans les *stricta judicia*, les retenues qui avaient le caractère d'une créance ne durent pas être exclues lorsqu'elles étaient opposées sur une poursuite *ex stipulatu*. En effet, les causes qui donnaient ouverture à ces *retentiones* étaient au fond des causes de compensation (l. 7, § 5, l. 15, § 11. 66, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24, 3.— L. 1, C. 5, 21.

(2) Antonin le Pieux ayant décidé que les époux jouiraient du bénéfice de compétence dans toute action contractuelle (L. 20, D. *de re judicata*, 42, 1), le mari eut dès lors le droit de se prévaloir de l'exception *quod facere potest* même à l'encontre de l'action *ex stipulatu*, pourvu que la dot eût été constituée *constante matrimonio* avec stipulation de restitution. Nous pensons que cette loi 20 ne concernait pas les contrats antérieurs ou postérieurs au mariage.

non pas exclusivement à sa fille mais bien à tous ses enfants indistinctement.

23. — A côté des actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* pouvaient se présenter à Rome d'autres moyens de procédure relatifs à la restitution de la dot : c'étaient la *condictio ex testamento*, l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati*.

24. — *Condictio ex testamento*. — Déjà, à l'époque où la dot n'était pas encore restituable, le mari, en prévision de son prédécès, avait coutume de léguer à sa femme soit ses biens dotaux eux-mêmes (*prælegatum dotis*), soit une chose désignée *in specie*, destinée à lui tenir lieu de son apport (*legatum pro dote*). L'exécution de ces dispositions testamentaires était sanctionnée par la *condictio ex testamento*. Cette action ne perdit pas sa raison d'être à la suite de la création de l'action *rei uxoriæ*. Elle conservait en effet une grande utilité pratique. D'abord elle permettait à la femme de réclamer immédiatement la dot, sans crainte de se voir opposer aucun délai de restitution ; elle offrait en outre l'avantage d'être transmissible.

25. — *Action præscriptis verbis et condictio ob rem dati*. — En général un simple pacte n'engendre pas d'action, il donne seulement lieu à une exception. Mais la jurisprudence romaine, après de longues hésitations et par étapes successives, reconnut à celui qui avait exécuté la convention le droit de poursuivre l'accomplissement de l'obligation corrélative à la sienne. C'est ainsi que naquit la théorie des contrats innomés. Ces contrats, conformément à l'opinion proculienne qui prévalut, furent sanctionnés par une action distincte et spéciale dite *præscriptis verbis* ; ils donnaient également ouverture à la *condictio ob rem dati* appelée encore *condictio causa data causa non secuta*.

Le constituant et le mari peuvent faire un pacte par

lequel le premier s'engage à livrer au second une dot déterminée et celui-ci à la lui rendre lors de la dissolution du mariage. Si le donateur remet la dot convenue, il acquiert le droit d'agir à l'événement contre le mari par l'action *præscriptis verbis* ou la *condictio ob rem dati*. En un mot la convention originaire s'est transformée en contrat par un fait d'exécution.

Pour être valable, le pacte *de reddenda dote* doit intervenir entre le mari et le constituant *lui-même* et encore faut-il supposer que celui-ci n'est pas le père de la femme. Il est en outre indispensable que la convention intervienne *in continenti* (l. 6, C. *de jure dotium*, 5, 12 — l. 1, C. *de pactis conventis*, 5, 14). Les règles applicables au pacte *de reddenda dote* sont donc plus sévères que celles qui concernent la stipulation de restitution. En effet, quiconque constitue une dot peut en stipuler la restitution ou la faire stipuler par un tiers, et cette stipulation est valable qu'elle soit faite *in continenti* ou *ex intervallo*, sauf dans ce dernier cas l'acquiescement de la femme.

L'action *præscriptis verbis* était toujours de bonne foi, et il ne faudrait pas croire, en se basant sur un passage des *Institutes* de Justinien (l. IV, t. 6, *de actionibus*, § 28), qu'elle n'avait ce caractère que dans l'échange et le contrat estimatoire (1).

26. — Dans ce nouvel état de la législation romaine, la *conventio in manum* était-elle compatible avec l'existence d'une action dotale ?

Il n'existe pas de documents qui permettent de répondre avec précision à cette question.

D'après l'opinion la plus généralement admise, et à laquelle nous adhérons, le mari n'était point obligé de restituer les biens qu'il avait acquis par l'effet de l'adop-

(1) *Conf.* M. Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, II, p. 665 et suiv.

tion du régime de la *manus*. Sans doute, d'après Cicéron (*Topiques*, IV) et Paul (*Fragmenta Vaticana*, § 115) tous les biens que la femme *in manu* a apportés à son mari deviennent dotaux, mais ces textes expriment une idée qui fut vraie seulement à l'époque où le mari n'était point obligé de rendre la dot. Cette manière de parler signifie simplement que le mari tirait du patrimoine de la femme, tombant *in manu*, des avantages semblables à ceux que lui procurait la dot sous le régime du mariage libre. Ce qu'il faut en réalité savoir, c'est si, à l'époque où l'action en restitution fut introduite, la dissolution de la *manus* entraînait la nécessité de rendre la dot. Or, les principes généraux conduisent à répondre négativement, puisque nul ne peut être débiteur d'une personne qu'il a sous sa puissance (1). Tout au plus le tiers qui constitue la dot pourrait-il, soit par une stipulation, soit par un contrat de fiducie, imposer au mari l'obligation de restituer les biens donnés. Mais il ne faudrait pas encore chercher là les caractères de la dotalité et de la paraphernalité qui ne peuvent exister que dans le mariage libre.

Dans un système opposé, la *conventio in manum* n'est pas exclusive de l'idée de dot et ne fait pas obstacle à la restitution due par le mari dans les cas prévus par la loi. La *conventio in manum*, disent les partisans de cette doctrine, n'a aucune influence sur l'exercice des actions dotales, attendu que la *manus* a déjà pris fin quand ces actions viennent à naître (2).

27. — En principe, la dot n'est restituable qu'après la dissolution de l'union des époux, et elle ne peut être ni redemandée ni rendue avant cette époque. Toutefois la femme a droit d'exiger la restitution lorsque le mari devient insolvable (l. 24 pr. D. *soluto matrimonio*, 24, 3). De même la dot peut être rendue dans certains cas ex-

(1) *Conf.* M. Accarias, *op. cit.*, p. 771, note 1.

(2) En ce sens M. Gide, *op. cit.*, p. 142.

ceptionnels énumérés dans les lois 73, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3 et 20, D. *solutio matrimonii*, 24, 3.

28. — Tant que dure le mariage le mari est propriétaire des biens dotaux mobiliers et immobiliers. Il a la liberté d'en disposer à son gré et, s'il meurt insolvable, la femme se trouve dans l'impossibilité de recouvrer sa dot. Les Romains se préoccupèrent de remédier aux conséquences fâcheuses de cet état de choses. Une loi *Julia, de fundo, dotali* prohiba l'aliénation, sans le consentement de la femme, de *l'immeuble* dotal. Plus tard il fut défendu au mari de l'hypothéquer même avec le consentement de la femme (1). Gaius (II, § 3) nous apprend que l'on discutait sur le point de savoir si ces prohibitions étaient applicables aux fonds provinciaux, ce qui prouve, contrairement à ce qu'avance Justinien (*Inst.*, liv. II, t. 8, pr.), que la loi *Julia* était étrangère aux fonds italiens.

La loi *Julia* ne touchait pas au droit du mari considéré en lui-même, elle en restreignait seulement l'exercice. Ceci nous amène à nous prononcer contre cette opinion que la femme romaine reste propriétaire de la dot pendant le mariage et que le mari n'en est que l'usufruitier (2).

Enfin, pour garantir à la femme le payement de sa dot, on lui accorda un *privilegium inter personales actiones* qui lui permit de primer les créanciers chirographaires de son mari.

29. — Nous avons vu que, pendant la première période, la constitution dotale était perpétuelle. En est-il

(1) Cette prohibition doit être rattachée non pas, comme le prétend Justinien (*Institutes*, liv. II, tit. 8. — *Quibus alienare licet vel non*, pr.), à la loi *Julia*, mais, soit aux édits d'Auguste et de Claude rendus à l'effet de proscrire toute obligation des femmes pour leurs maris, soit au sénatus-consulte *Velléien*. Conf. M. Accarias, *op. cit.*, I, n° 314.

(2) Voir M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 3 et suiv.

encore de même à partir de la création de l'action *rei uxoriæ* ? Quel est alors le sens de l'ancien adage répété par les jurisconsultes de l'époque classique : *Dotis causa perpetua est* ? M. Labbé (1) nous donne la réponse suivante : « La phrase (*dotis causa perpetua est*) a changé » de sens ; elle a une signification purement juridique. » Elle exprime qu'en vertu de la donation à lui faite à » titre de dot, le mari acquiert un droit perpétuel. L'o- » bligation que sa personne subit de restituer la dot » n'empêche pas le mari d'être investi d'une propriété » parfaite et perpétuelle. D'ailleurs la restitution est » éventuelle, et si l'éventualité ne se réalise pas, si la » femme meurt dans le mariage, le mari reste à perpé- » tuité propriétaire des biens dotaux. *Dos apud virum » remanet.* »

Troisième période. — Réformes de Justinien.

30. — Justinien fondit les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* en une seule et même action qu'il appela action *ex stipulatu de dotibus exigendis* (*Institutes*, liv. 4, tit. 6, § 29 *de actionibus*). Le point de départ de la réforme consista à sous-entendre dans toute constitution de dot une stipulation de restitution faite par la femme elle-même. Quels que fussent le mode de dissolution du mariage et l'origine de la dot, la femme et ses héritiers pouvaient toujours agir par l'action *ex stipulatu*. Le mari ne gagnera donc plus comme jadis la dot *adventice* au cas de cessation du mariage par le prédécès de la femme. Mais ce n'est qu'au profit de cette dernière que l'on sous-entend la promesse de rendre. Le constituant *extraneus* ne peut réclamer la dot que s'il s'en est réservé expressément le droit par une stipulation ou un pacte formel (l. unic. pr. et § 1, C. *de rei uxoriæ actione*,

(1) M. Labbé, *op. cit.*, appendice IX, p. 823. — Conf. M. Gide, *Du caractère de la dot en droit romain*, *op. cit.*, p. 163 et suiv.

5, 13). Le droit de retour est néanmoins présumé en faveur de l'ascendant paternel de la femme.

Justinien forma la nouvelle action *ex stipulatu* en maintenant certaines règles de l'ancienne action de ce nom, en empruntant diverses dispositions à l'action *rei uxoriæ* et en introduisant différentes innovations.

31. — *Règles maintenues par Justinien.* — 1° De quelque manière que la dot vienne à se dissoudre, le mari ne garde la dot en aucun cas ; 2° l'action passe de plein droit aux héritiers de la femme, indépendamment de toute mise en demeure ; 3° aucune *retentio* ne peut être exercée si ce n'est pour les *impensæ necessariae* ; 4° l'édit *de alterutro* ne s'applique que dans le cas où le mari a formellement déclaré que le legs doit tenir lieu de la dot.

32. — *Règles empruntées à l'action rei uxoriæ.* — 1° La nouvelle action est de bonne foi ; 2° le père ne doit réclamer la dot qu'avec le consentement de sa fille *alieni juris*, et, lui mort, c'est cette dernière qui est exclusivement investie de l'action ; la femme émancipée ou ex-hérédée, ou bien encore succédant à son père en concours avec d'autres héritiers, est propriétaire exclusive de l'action en restitution ; 4° le mari bénéficie de l'exception *in id quod facere potest*.

33. — *Innovations de Justinien.* — 1° Justinien fixe de nouveaux délais pour la restitution de la dot (1) ; 2° il assure la restitution par de nouvelles garanties que nous devons signaler brièvement.

Par une première constitution, rendue en l'an 529 (l. 30, C. *de jure dotium*, 5-12), l'Empereur accorda à la femme une hypothèque tacite privilégiée sur tous les objets apportés en dot, sans distinction entre les meubles et les immeubles, non plus qu'entre les choses estimées et les choses non estimées. Par cette hypothèque, la femme prime les créanciers même hypothécaires de

(1) Voir *infra*, n° 186.

son mari. Justinien justifie cette proposition en disant que la femme a conservé la propriété *naturelle* de sa dot.

Comme conséquence de cette propriété *naturelle*, il donne à la femme, indépendamment de cette hypothèque privilégiée, le droit de *revendiquer* les choses dotales.

Quelle est la portée exacte de cette constitution ? Justinien a-t-il entendu conférer à la femme une action en revendication et une action *in rem* hypothécaire lui permettant d'évincer tout acquéreur d'un bien dotal quelconque ? S'est-il au contraire contenté d'augmenter le privilège accompagnant la créance de la femme et par suite la revendication et l'action hypothécaire s'exercent-elles uniquement sur les biens dotaux non aliénés ?

La question revient en définitive à savoir si le mari peut aliéner seul ou un meuble dotal ou un immeuble estimé. L'intérêt de la controverse n'existe pas pour les immeubles dotaux, attendu qu'à cette époque ils sont valablement aliénés avec le consentement de la femme et que, si elle n'a pas concouru à l'opération, celle-ci agira par l'action en revendication conformément à la loi *Julia de fundo dotali*.

M. Labbé enseigne qu'à partir de 529, le mari n'a pu aliéner les meubles dotaux qu'avec l'assentiment de sa femme, parce que, « de sa seule volonté, il ne peut anéantir ou transmettre aux tiers le droit de propriété reconnu à la femme dotée » (1).

Dans une autre opinion, on admet bien que le mari peut valablement disposer seul des meubles dotaux, sans que la femme ait le droit de les revendiquer entre les mains des acquéreurs, mais on prétend que la constitution de 529 donne une action *in rem* hypothécaire ayant pour objet les biens eux-mêmes. Donc les tiers échapperont à l'éviction en payant la valeur du bien à la femme

(1) M. Labbé, *op. cit.*, appendice IX, p. 831.

qui n'est pas ainsi assurée de recouvrer sa dot en nature.

Enfin, d'après d'autres interprètes, le seul avantage que la constitution de 529 accorde à la femme, c'est de la protéger, pour l'exercice de son privilège, contre les hypothèques constituées par son mari sur les meubles dotaux. « Ma conviction, dit M. Accarias, est donc que » la revendication dont il s'agit n'est pas destinée à » évincer les tiers acquéreurs, mais simplement à assu- » rer, quand cela ne blesse aucun droit acquis, la reprise » de la dot en nature, et à protéger la femme contre les » créanciers du mari en la dérochant à la loi du con- » cours, de sorte que toutes les aliénations faites par le » mari, excepté celle des immeubles dotaux, je veux dire » des immeubles non estimés, échappent, comme autre- » fois, à la critique et à la revendication de la femme. » Et il faut dire également que son hypothèque, telle » qu'elle résulte de cette constitution, ne lui permet pas » d'atteindre les biens jusque dans les mains des tiers » acquéreurs » (1).

L'importance de cette controverse est surtout théorique ; elle doit être en effet circonscrite dans une période d'une année (2).

En l'an 530 Justinien prohibe l'aliénation des biens dotaux immobiliers situés dans les provinces et décide que le fonds dotal sera inaliénable nonobstant le consentement de la femme. En même temps il confère à celle-ci, à compter du jour du mariage, une hypothèque tacite sur tous les biens du mari. Toutefois il est permis à la femme de renoncer à son hypothèque sur les biens de son mari et à son hypothèque privilégiée sur ses im-

(1) M. Accarias, *op. cit.*, I, 315 *in fine*. — En ce sens, M. Gide : *Du caractère de la dot en droit romain. Revue de législation étrangère*, année 1872, p. 169 et suiv.

(2) Car, à compter de la constitution de 530, qui lui accorde une hypothèque tacite sur les biens de son époux, la femme a certainement un droit de suite sur ses apports en mariage devenus la propriété du mari.

meubles apportés en dot avec estimation (l. 1, § 15, C. 5, 13). Elle peut également renoncer à son hypothèque privilégiée sur ses meubles dotaux.

Enfin, par la constitution *ex assiduis* rendue en l'an 531, Justinien transforme l'hypothèque simple de la femme sur les biens du mari en une hypothèque privilégiée primant tous autres créanciers hypothécaires même antérieurs au mariage (l. 12, C. 8-18). Passent cependant encore avant la femme les enfants du mari, nés d'un premier mariage, encore créanciers de la dot de leur mère (l. 12, § 1, C. 8-18; nov. 91, chap. 1), le créancier qui, en prêtant de l'argent pour l'achat d'un office, s'est expressément réservé la préférence dans un acte écrit, signé de témoins (nov. 97, ch. 4) et l'*argentarius* pour certaines créances hypothécaires antérieures au mariage. Ce privilège est d'ailleurs personnel à la femme; ses enfants (1) n'ont qu'une hypothèque ordinaire (l. 12 pr. et § 1, C. *qui potiores in pignore habeantur*, 8-18).

34. — Après toutes ces réformes, l'ancien principe *dotis causa perpetua est* existe encore, mais il n'a plus guère d'application pratique. « Aussi, durant ces longs » siècles d'ignorance qui suivirent l'invasion des barbares, ce principe abstrait et subtil devait tomber en oubli et la femme devait devenir en droit ce qu'elle était déjà en fait, propriétaire de la dot. Ainsi disparut le dernier vestige de l'ancien principe *dos perpetua est* (2). »

(1) Sauf ce qui vient d'être dit en cas de second mariage de leur père.

(2) M. Gide, *op. cit.*, p. 177.

SECTION PREMIÈRE

CE QUI DOIT ÊTRE COMPRIS DANS LA RESTITUTION DOTALE.

Généralités.

35. — Le § 1 du titre VI des fragments d'Ulpien nous enseigne que la dot est constituée par *datio*, *dictio*, ou *promissio*.

La *datio dotis* s'opère par les modes habituels de translation de la propriété. Ces procédés varient suivant la nature de la chose qu'il s'agit de transférer. La *dictio* est une forme spéciale du contrat verbal consistant en des paroles solennelles ; elle n'est accessible qu'à la femme, à son débiteur délégué par elle et à son père ou à un ascendant mâle uni par les mâles. La *promissio dotis* est une des applications de la *stipulatio* ; elle peut être employée par toute personne qui veut constituer une dot.

A partir des Empereurs Théodose et Valentinien, le simple pacte de constitution de dot devient obligatoire.

En dehors de ces procédés ordinaires, la dot est encore constituée par *acceptilatio* que l'on assimile à la *datio*, par délégation, au moyen de la répudiation d'un legs ou d'une hérédité, ou par un pacte *de non petendo*.

36. — La constitution de dot est permise soit avant, soit après le mariage contracté ; elle peut avoir pour objet une valeur quelconque, en un mot tout ce qui est dans le commerce. Il nous faudra examiner les cas où la dot consiste en un fonds, un esclave, un droit d'usufruit, de servitude, d'hypothèque, ou de créance.

37. — Pour savoir ce que doit rendre le mari et déterminer ses obligations et ses droits, il est nécessaire d'envisager séparément deux hypothèses bien distinctes : 1^o celle où le mari a reçu en dot de l'argent ou des choses considérées *in genere* ; 2^o celle où il a reçu un corps certain.

PREMIÈRE DIVISION

DOT CONSTITUÉE EN ARGENT OU EN CHOSES CONSIDÉRÉES IN GENERE.

38. — Si la chose consiste en argent ou en choses qui se consomment *primo usu*, le mari n'est obligé, comme l'emprunteur ou l'usufruitier, qu'à rendre d'autres choses du même genre et de la même qualité. Il est donc débiteur non pas d'une espèce, mais bien d'une quantité, d'un genre. Il supporte la perte des choses qu'il a reçues, quand même elle serait arrivée par cas fortuit ; en effet, tant qu'il existe des choses du même genre, son obligation ne s'éteint pas. Il est évident que les objets remis en dot pourront être restitués en nature, s'ils sont dans le même état qu'au jour de la réception ; c'est ce qui arrivera quand le mariage aura duré peu de temps.

DEUXIÈME DIVISION

DOT CONSTITUÉE EN CORPS CERTAIN.

39. — Tandis qu'il est indifférent de savoir s'il y a eu ou non estimation de la dot constituée en argent ou en quantités, cette distinction est au contraire d'une importance considérable quand le mari a reçu, *dotis causâ*, des corps certains.

CHAPITRE PREMIER

De la dot estimée.

40. — Au point de vue de la restitution de la dot, il est intéressant d'examiner les diverses conséquences juridiques de l'estimation des choses dotales.

Æstimatio venditionis causâ.

41. — A défaut de convention contraire, l'estimation donnée à la chose mobilière ou immobilière constituée en dot vaut vente. C'est dès lors le montant de l'estimation qui devient dotal et le mari doit être considéré comme un acheteur.

Dans un autre système, l'on admet que le consentement exprès des parties est nécessaire pour que l'estimation produise les effets d'une vente. Mais les textes invoqués en faveur de cette opinion (l. 69, § 7, D. *de jure dotium*, 23,3, — l. 21 C. *de jure dotium*, 5,12) ont trait à une *æstimatio taxationis causâ*.

Plusieurs lois prouvent qu'en l'absence de toute clause particulière, l'estimation vaut vente : Ulpien (l. 10, § 4, *de jure dotium*), parlant d'objets apportés en dot avec estimation *antè matrimonium*, décide qu'il y a vente véritable (*vera fit venditio*) si le mariage est célébré. Plus loin, à la fin du paragraphe 5 de cette loi 10, le même jurisconsulte dit : « *quia æstimatio venditio est* ». Africain (l. 9, § 3, *qui potiores*, 20,4) déclare que le mari qui a reçu en dot un fonds estimé *emptoris loco est*. Enfin la loi 5 C. *de jure dotium*, 5,12, vient encore à l'appui de cette opinion (1).

L'estimation ne sera valable qu'autant qu'elle portera

(1) En ce sens : M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 39. — M. Accarias, *op. cit.*, I, p. 776, note 2. — Voir en sens contraire Van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 180. Gand, 1872, 1^{re} édition.

sur des objets corporels ou incorporels susceptibles d'entrer dans le patrimoine du mari. (l. 8 pr. D. *de contrahenda emptione*, 18,1) (1).

42. — Néanmoins la situation du mari n'est pas semblable à celle d'un acquéreur ordinaire.

43. — Voici une première différence : dans le contrat de vente l'acheteur n'a pas le droit d'agir pour cause de lésion, si ce n'est dans le cas où il est mineur de vingt-cinq ans ; le vendeur seul est admis à intenter l'action en rescision. C'est ce qu'ont décidé les Empereurs Dioclétien et Maximien (l. 2, C. *de rescindenda venditione*, 4,44). Avant eux, à l'époque classique, il n'était pas tenu compte de la lésion dans les ventes. — Si l'on envisage maintenant la constitution de dot faite *cum aestimatione*, on remarque que le mari lésé, bien que jouant le rôle d'acheteur, est reçu à intenter l'action en rescision au même titre que la femme qui est la venderesse.

La raison de cette différence entre la constitution de dot et la vente réside dans ce principe qu'il n'est pas licite que l'un des époux s'enrichisse au détriment de l'autre (l. 6, § 2, D. *de jure dotium*).

44. — Cette observation nous amène à mentionner une autre particularité : tandis que, pour la vente, l'action en rescision n'est autorisée que si l'aliénation a eu lieu à un prix inférieur à la moitié de la valeur de la chose, relativement à la dot la lésion la plus minime doit être réparée.

45. — Signalons une dernière différence. L'acheteur évincé a droit d'agir contre son vendeur « *quanti ejus interest rem evictam non fuisse* ». En outre du remboursement, le juge pourra lui accorder une indemnité pour le dommage que l'éviction lui a causé. Le montant

(1) Pour les choses susceptibles de faire l'objet d'une vente, conf. M. Accarias, *op. cit.*, II, n° 602. — M. Maynz, *Cours de droit romain*, II, § 294. A. 4^e édition.

de ces réparations lui sera intégralement acquis quand bien même il dépasserait le prix de la vente. De même, s'il a stipulé que le vendeur lui paierait le double du prix en cas d'éviction, il conservera valablement le bénéfice que cette clause lui aura procuré. — Le mari au contraire, à qui compétent les mêmes actions qu'à l'acquéreur, ne pourra garder l'excédant de l'indemnité d'éviction sur le prix de l'estimation. Il devra par conséquent restituer, s'il l'a obtenu, le double du prix stipulé comme clause pénale. En effet, dit M. Pellat (1), « ce n'est point ici une vente de droit commun qui admet qu'une partie cherche à faire un gain sur l'autre, c'est une vente pour cause de dot qui exclut toute spéculation. Le mari ne doit obtenir aucun bénéfice au détriment de sa femme; il suffit qu'il ne perde point, il ne faut pas qu'il gagne » (l. 16, D. *de jure dotium*).

*De l'æstimatio venditionis causâ faite au-dessus ou
au-dessous de la valeur réelle de l'objet.*

46. — A. — L'*æstimatio* a eu lieu *donationis causâ*.

1° Supposons d'abord que l'estimation ait été faite uniquement *donationis causâ*.

Cette espèce est prévue et réglée par la loi 12 pr. D. *de jure dotium*.

Ulpien suppose dans ce texte que la chose a été estimée dans la *seule* intention de faire une donation et il décide que l'estimation est nulle, qu'elle soit intervenue pendant le mariage ou même avant sa célébration. Par suite, ce sera la chose elle-même qui devra être restituée en nature.

Cette estimation, donnée à la chose *constante matrimonio*, est nulle en vertu du principe que les donations entre époux sont interdites aussi bien quand elles sont

(1) *Op. cit.*, p. 119.

directes que lorsqu'elles sont déguisées sous les apparences d'un contrat onéreux.

Plus délicate est la question quand l'objet a été estimé *ante matrimonium*. La raison de douter de la nullité de l'opération est que les donations entre fiancés sont valables (l. 27, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1) ; on ne peut craindre à ce moment qu'un époux abuse de son influence sur son conjoint. Néanmoins Ulpien décide que l'estimation est nulle : « je suis porté à croire, dit-il, qu'elle est censée se reporter au temps du mariage et que par conséquent elle ne vaudra pas. »

2° Mais les parties, tout en ayant l'intention de faire un acte à titre onéreux, ont pu mêler une donation à leur contrat.

En principe, il n'y aura de nul que l'avantage résultant pour le mari de l'abaissement du prix ou pour la femme de sa majoration (Ulpien, l. 12, pr. D. *de jure dotium* — Neratius et Pomponius, l. 5, § 5, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1) (1).

Voyons en premier lieu le cas où l'objet a été estimé *au-dessous* de sa valeur. Comment la restitution de la dot se règlera-t-elle ? La fin du paragraphe 5 de la loi 5 D. (24,1) indique un moyen de liquidation : le mari qui bénéficie de l'estimation devra payer le supplément du prix dans la mesure de son enrichissement. Mais une autre façon de procéder est mise à la disposition des parties par la loi 31, § 3 D. (24,1) : si la chose a été, par exemple, estimée un tiers en moins, on considérera qu'elle a été vendue pour deux tiers et donnée pour un tiers et la femme revendiquera un tiers par indivis de cette chose.

Au contraire l'objet peut avoir été estimé *au-dessus* de sa valeur. Le mari aura alors le choix ou de payer l'es-

(1) D'après cette loi 5, § 5 — (24, 1) Julien était d'un avis différent ; il pensait que, dans cette hypothèse, la vente était nulle pour le tout.

timation ou de rendre l'objet lui-même : « *in arbitrio igitur mariti erit quid præstitum malit* » (l. 7, § 5, D. 24-1).

Ce texte ajoute : *idem juris est et si è contrario mulier de minore æstimatione queratur*. Doit-on conclure de là que la femme, dans le cas précité où l'objet a été estimé *au-dessous* de sa valeur, a, comme le mari dans notre hypothèse où l'estimation a eu lieu à un taux *supérieur*, la faculté d'opter entre la restitution en nature et le paiement de l'*æstimatio* ? Nous ne pensons pas qu'il faille donner à cette loi une pareille portée. Elle signifie simplement que la femme est en droit, au même titre que son mari, d'annuler la donation résultant d'une estimation inexacte. Cette interprétation est d'ailleurs appuyée par la loi 12, § 1, D. *de jure dotium* qui réserve au mari seul l'option entre le paiement de la juste valeur de la chose estimée à bas prix et sa remise en nature.

47. — B. — L'estimation a été faite au-dessous ou au-dessus de la valeur de l'objet, *mais sans intention de libéralité*.

1° L'estimation a eu lieu au détriment de la *femme*.

La réparation que la femme obtiendra pour le préjudice pareille éprouvé, se trouve réglée par la loi 12, § 1 D. *de jure dotium* ainsi conçue : « Si la femme prétend » s'être trompée en estimant la chose, par exemple un » esclave, au-dessous de sa valeur, il faut distinguer : » si la lésion qu'elle éprouve consiste à avoir donné cet » esclave, et non pas seulement à l'avoir estimé trop » peu, elle agira pour se le faire restituer ; si, au con- » traire, elle a été lésée dans le taux de l'estimation, » alors le mari verra s'il préfère fournir la juste valeur » ou rendre l'esclave. Ceci doit s'entendre du cas où » l'esclave est vivant ; que s'il est mort, Marcellus dit

» que le mari doit payer l'estimation, non pas celle qui
 » serait juste, mais celle qui a été réellement faite ; car
 » la femme doit s'applaudir de ce que l'esclave a été es-
 » timé : en effet, si elle l'eût donné simplement en dot,
 » ce serait elle incontestablement, et non son mari, qui
 » en supporterait la perte. Marcellus donne la même
 » décision pour une mineure qui aurait été lésée. Ce-
 » pendant, si la femme avait trouvé un acheteur disposé
 » à lui donner le juste prix de son esclave, alors il fau-
 » dra dire que le mari devra fournir la juste estimation ;
 » et Marcellus le décide ainsi, mais seulement en fa-
 » veur de la femme mineure. Scévola remarque, relati-
 » vement au mari, que, s'il y a eu dol de sa part, il
 » devra payer la juste estimation. Je regarde cette opi-
 » nion de Scévola comme vraie » (1).

48. — Parcourons les différentes questions tranchées par Ulpien dans ce § 1 de la loi 12.

1° La lésion de la femme consiste à avoir donné l'objet et non pas seulement à l'avoir estimé trop peu.

La loi 12 § 1 dit que la femme aura le droit de se faire rendre l'objet même qu'elle avait intérêt à conserver.

Mais si l'objet avait péri, la femme pourrait-elle réclamer la *justa aestimatio* ou bien seulement le prix convenu ? Accurse lui accorde le droit de répéter la *justa aestimatio* : « *Ergo ubi decepta est in hoc ipso quod dedit, electio est mulieris utrum agat ad rem, an ad justam aestimationem* » (2).

2° La femme est lésée en ce qu'elle a estimé l'objet au-dessous de sa valeur.

La chose estimée, dans l'espèce un esclave, existe-t-elle encore à la dissolution du mariage ? le mari a le choix de donner ou l'esclave même ou la *justa aestimatio*.

L'esclave au contraire est-il mort ? Marcellus décide

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 111.

(2) Accurse, sur la loi 12, § 1, D. 23-3.

que le mari doit rendre non pas la *justa aestimatio* mais bien l'estimation convenue. C'est en effet seulement à ce prix que le mari a consenti à se charger de l'esclave. La femme n'a d'ailleurs qu'à se louer d'avoir fait une estimation à un taux même inférieur, car si l'esclave avait été donné non estimé sa perte eût certainement incombé à la constituante et non à son mari.

Toutefois, dans deux cas exceptionnels, la femme, malgré la perte de l'esclave obtiendra la *justa aestimatio*.

La première de ces exceptions est tirée de Marcellus. Ce jurisconsulte, en appliquant du reste à la femme mineure de 25 ans toutes les règles de l'estimation dotale, lui permet néanmoins de réclamer la *justa aestimatio* s'il s'était présenté, du vivant de l'esclave, un acquéreur qui en offrit la véritable valeur.

C'est chez Scévola que se rencontre la deuxième exception. D'après lui, la *justa aestimatio* est exigible en cas de dol de la part du mari. Cette décision est exacte aussi bien pour la femme majeure que pour la femme mineure de 25 ans.

2° L'estimation a été faite au détriment du *mari*.

La bonne foi et l'équité ne permettent pas que l'un des époux s'enrichisse aux dépens de son conjoint ou qu'un d'eux souffre un dommage pour l'avantage de l'autre. Il résulte de ce principe que le mari a le droit d'obtenir réparation de la lésion que lui ferait éprouver une estimation trop élevée (l. 6, § 2, D. *de jure dotium*). Il ne restituera donc que la *justa aestimatio* (l. 6, C. *solutio matrimonii*, 5-18).

49. — Le mari, devenu propriétaire des choses estimées, ne pourra les retenir lors de la dissolution du mariage, qu'à condition d'offrir préalablement à la femme le montant de leur estimation. Telle est la solution don-

née par l'empereur Alexandre Sévère (l. 5, C. *de jure dotium*, 5-12).

50. — Quand l'estimation a eu lieu *venditionis causâ* les risques sont à la charge du mari débiteur du montant de la valeur donnée à la chose, comme un acheteur est redevable de son prix d'acquisition. La dette consiste en une quantité ; elle ne peut donc s'éteindre par la perte de la chose, car la libération *interitu rei* ne se conçoit que pour les dettes de corps certains. Le mari a donc ordinairement intérêt à ce que la dot ne soit pas estimée parce que les risques ne seront pas supportés par lui. Il en sera surtout ainsi lorsqu'il s'agira d'animaux ou de vêtements apportés en mariage, car leur perte partielle lui incomberait lors même qu'elle arriverait par le fait de la femme qui se serait servie de ces objets (l. 10, pr. D. *de jure dotium*).

Si la chose vient à périr *avant* le mariage, la perte doit être supportée par la femme par application des principes de la vente conditionnelle *quia aestimatio venditio est* (l. 10, § 5, D. *de jure dotium*). Mais les simples détériorations seraient pour le compte du mari.

Même en supposant que la chose estimée ait péri *après* la célébration du mariage, la femme n'aura aucune action si, ayant transféré la propriété par mancipation ou cession *in jure* et conservé la possession, elle se trouvait en demeure de livrer (l. 14, D. *de jure dotium*).

51. — Le mari, devenu propriétaire de la dot par l'estimation, a le droit de garder d'une façon définitive non seulement les fruits proprement dits mais encore les produits n'ayant pas le caractère de fruits. A partir de quel moment commencera-t-il à gagner ces fruits et produits ? L'estimation équivalant ici à une vente, il devra être traité comme un acquéreur sous condition suspensive de la célébration du mariage. C'est donc à compter de la réalisation de la condition, c'est-à-dire du mariage, qu'il

fera siens ces fruits et produits de la dot. Paul dit en effet : « ...*quod si pendente conditione res tradita sit... fructus mediū temporis venditoris fiunt* (l. 8, pr. D. *de periculo et commodo rei venditæ*, 18-6) ». Si la chose estimée a été livrée avant le mariage, les fruits et produits *mediū temporis* seront présumés faire partie de la dot et comme tels restituables à la dissolution de l'union des époux. Néanmoins les parties peuvent valablement convenir que le mari les retiendra en propriété ; cette clause constitue une donation valable comme ayant eu lieu avant le mariage (l. 7, § 1, D. *de jure dotium*).

52. — Le mari évincé de la chose constituée en dot aura droit à la garantie comme tout acheteur, et, par l'action *ex empto*, qui est de bonne foi, il se fera tenir compte du dommage qu'il a éprouvé (Paul, *Fragmenta Vaticana*, § 105). Reste à savoir s'il pourra prétendre à la garantie des vices de la chose et invoquer le bénéfice des actions *æstimatoria* et *redhibitoria*. A la vérité, les textes en notre matière visent toujours le cas d'une éviction, mais le mari étant assimilé à un acquéreur, il paraît difficile de lui refuser le droit de se prévaloir de l'Édit des Édiles.

Æstimatio taxationis causâ.

53. — Quand les parties ont convenu que l'estimation ne vaudrait pas vente, la *res dotalis* est estimée simplement *taxationis causâ*, c'est-à-dire en vue de déterminer la somme qui serait due éventuellement par le mari en cas de perte ou de détérioration arrivées par sa faute.

54. — Quels sont les effets de l'*æstimatio taxationis causâ* ?

Tout d'abord cette estimation peut être faite lors de la constitution de dot ; elle résultera également d'un pacte ou d'une stipulation (1) intervenant plus tard après

(1) La loi 1, C. *solutio matrimonio*, 5, 18 montre que l'obligation pour

cet apport et transformant l'estimation pure et simple en une *æstimatio taxationis causâ*.

La loi 69, § 7, D. *de jure dotium* suppose qu'il a été convenu *lors de la constitution de dot* que les choses estimées seraient restituées en nature et elle décide que c'est une valeur qui est déclarée et non une vente qui est contractée. Par suite, si la *res dotalis* était immobilière, elle resterait inaliénable entre les mains du mari. Celui-ci devrait donc rendre la dot elle-même ; c'est elle qui est *in obligatione* ; le prix de l'estimation est *in solutione tantum*.

Mais, *manente matrimonio*, l'estimation pure et simple valant vente peut être convertie en une estimation *taxationis causâ*. A ce propos la loi 32, pr. D. *de pactis dotalibus*, 23, 4 indique l'hypothèse suivante : une femme ayant apporté en dot un fonds estimé 100, a ensuite convenu avec le mari qu'en cas de divorce il lui rendrait le fonds lui-même, l'estimation restant fixée à 100. Plus tard, du consentement de la femme, le fonds a été vendu 200 et le divorce a eu lieu. En quoi consistera la restitution ? Labéon, au rapport de Javolenus, pensait qu'on devait laisser au mari la faculté de rendre, à son choix, les 200 ou le fonds et qu'il ne fallait point lui faire remise du pacte. Comme le fait remarquer Javolenus, cette décision de Labéon s'expliquait par ce fait que la femme avait consenti à la vente du fonds ; sans cette circonstance le fonds, et lui seul eût dû être restitué.

Les choses apportées en dot ont été estimées purement et simplement. A la suite il a été arrêté entre le mari et la femme que si le mariage venait à se dissoudre, pour une cause quelconque, dans le délai de 5 ans, les *species* constituées devaient être rendues *preiis quibus æstimatæ sunt*. Ce pacte détruit conditionnellement les

le mari de restituer les choses mêmes primitivement estimées *venditionis causâ* peut résulter d'une stipulation aussi bien que d'un simple pacte.

effets de l'*æstimatio venditionis causâ*. Si le mariage dure plus de 5 ans, la condition n'étant pas réalisée, ce sera le montant de l'estimation qui sera dotal. Mais si le mariage se dissout dans le délai prévu, la restitution devra porter non pas sur le prix des objets mais sur les objets eux-mêmes. L'estimation dans ce cas a pour but unique de déterminer, d'après le prix fixé et non d'après le dommage causé, l'indemnité dont le mari peut être tenu pour la perte ou la détérioration d'une des choses dotales (l. 21, C. *de jure dotium*, 5, 12).

55. — La dot estimée *taxationis causâ* est aux risques de la femme quand la perte totale ou partielle n'est pas imputable au mari (l. 29, pr. D. *de pactis dotalibus*, 23-4).

56. — Le mari a droit uniquement aux fruits proprement dits de la dot quand l'estimation est faite *taxationis causâ* (l. 1, C. *solutio matrimonio* 5, 18). Cette constitution ne parle que du part des esclaves dotales, mais il n'est pas douteux qu'il faille donner la même solution pour tous les autres produits n'ayant pas le caractère de fruits au sens juridique du mot.

57. — L'*æstimatio taxationis causâ* détermine la somme que le mari doit payer en cas de perte totale ou partielle de la chose imputable à sa faute. Mais elle a encore un autre effet ; elle élève le degré de sa responsabilité. Tandis que pour la dot non estimée il n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'il ne commet pas habituellement dans ses propres affaires, il est obligé *ad præstandam diligentiam diligentis patrisfamilias* quand il a été fait une estimation *taxationis causâ*. On considère que la femme, en lui remettant un objet ainsi estimé, a compté expressément sur sa diligence. Ce qui prouve que le mari est responsable de sa faute légère, c'est qu'en ce qui concerne les choses dotales il est tenu comme l'as-

socié relativement aux affaires de la société (1). Or, l'associé étant soumis à la *custodia* à l'égard de la chose qui lui a été remise estimée (l. 52, § 3, D. *pro socio*, 17, 2), le mari doit être astreint de la même manière que lui s'il y a eu *estimatio taxationis causâ*. Seules les pertes arrivées par force majeure (2) ne lui seront pas imputables.

58. — En cas d'éviction d'une des choses estimées *taxationis causâ*, la situation du mari est la même que s'il n'y avait pas eu du tout d'estimation. Donc, si la dot lui a été remise en exécution d'une *promissio* ou d'une *dictio* il agira par la *condictio* pour obtenir l'exécution de l'engagement pris envers lui. Quand la chose a été donnée sans promesse antérieure, la femme n'ayant contracté aucune obligation ni par *promissio*, ni par *dictio*, ni par vente, ne doit aucune indemnité au mari évincé. Cependant, si elle avait été de mauvaise foi, ce dernier serait admis à intenter contre elle une action *in factum*, l'action *de dolo* étant par son caractère infamant interdite aux époux et même aux anciens époux (l. 1, C. *de jure dotium*, 5, 12).

Estimation ayant un caractère mixte.

59. — Les époux peuvent encore avoir donné à l'estimation un caractère mixte dont les effets varient suivant les circonstances. La loi 50 D. *soluto matrimonio*, 24, 3 de Scévola nous fournit un exemple d'estimation de cette espèce : Un objet apporté en dot a été estimé ; puis intervient un pacte d'après lequel les *res exstantes* au moment où la restitution est exigible seront rendues en nature en tenant compte équitablement de l'augmentation ou de la diminution de leur valeur, le mari devant d'un autre côté, à l'égard des *res non exstantes* restituer

(1) L. 17, pr. D. *de jure dotium* 23, 3. Voir *infra*, n° 66.

(2) Comme le vol à main armée.

l'estimation qui leur a été donnée dans le principe. Par conséquent, toutes les choses qui n'existent plus, alors même qu'elles auraient péri par cas fortuit, sont censées avoir été achetées par le mari, tandis que l'estimation se trouve n'avoir pas valu vente relativement à celles qui existent encore.

La chose vendue sans le consentement de la femme et sans qu'elle ait ratifié peut-elle être considérée comme n'existant plus? Non, répond Scévola dans cette loi 50, et la restitution devra avoir lieu en nature *perinde atque si nulla aestimatio intervenisset*.

Ainsi, en vertu de ce pacte, tous les objets constitués en dot sont en définitive aux risques du mari. Il paraît alors équitable de lui attribuer non seulement les fruits de la chose mais encore les produits qu'il a tirés d'elle. Labéon donne cette décision dans une espèce où des esclaves avaient été constitués en dot (l. 18, D. *de jure dotium*, 23, 3; l. 66, § 3, D. *solutio matrimonio*, 24, 3).

Pothier pense que le mari ne pourra prétendre aux produits que pour le temps compris entre l'estimation et le pacte parce que, dit-il, les risques regardent la femme à compter de ce moment (*Pandectes*, Tit. *solutio matrimonio*, n° 59). Cette opinion est combattue avec raison, notamment par M. Pellat (*Textes sur la dot*, p. 123). En effet, le mari continue à supporter les risques comme avant la convention puisqu'il est tenu de rendre les esclaves *tantidem aestimata*, s'ils existent, et leur estimation s'ils ont péri. La loi 18, D. *de jure dotium*, 23, 3 invoquée par Pothier ne permet pas de restreindre à l'époque antérieure à la convention les droits du mari sur les produits. En un mot c'est par la loi 50, D. *solutio matrimonio*, 24, 3 qu'il faut interpréter cette loi 18, D. *de jure dotium*.

*Estimation constituant le mari débiteur sous l'alternative
ou de la chose qu'il a reçue
ou de la somme à laquelle elle a été estimée.*

60. — Par application des principes régissant les obligations alternatives, c'est au mari, sauf convention contraire, qu'appartient de choisir ce qu'il rendra. Si la chose a péri par cas fortuit, son obligation se réduit au paiement de l'estimation ; si la chose s'est simplement détériorée sans sa faute, il se libérera en la restituant dans l'état où elle se trouve.

Mais, on a pu convenir valablement que le choix serait laissé à la femme. Le mari devra alors se comporter comme s'il était débiteur de la chose elle-même et la loi Julia sera applicable (l. 1, C. *de fundo dotali*, 5, 23 ; l. 11, D. *de fundo dotali*, 23, 5.). Qu'arriverait-il si le fonds était aliéné par le mari *consentiente muliere* ? Le prix d'aliénation devrait être considéré comme subrogé à l'immeuble aliéné et la femme pourrait demander à son choix ce prix ou le montant de l'estimation primitive (1).

Ce mode d'estimation laisse encore à la charge du mari le risque de la perte totale de la chose ; on lui accordera donc par réciprocité, outre les fruits de cette chose, ses produits et accessoires. (Paul, *Fragmenta Vaticana*, § 114).

CHAPITRE II.

De la dot non estimée.

§ 1^{er}. — *Objet principal de la restitution.*

I. — GÉNÉRALITÉS. — RISQUES. — RESPONSABILITÉ.

61. — Quand le mari a reçu en dot sans estimation un bien dotal mobilier ou immobilier, corporel ou incor-

(1) Voir M. Demangeat. *De fundo dotali*, p. 302.

porel, déterminé dans son individualité, il doit le restituer en nature lors de la dissolution du mariage.

En général, ce sont les choses dotales elles-mêmes qui doivent être rendues, mais l'échange d'un objet dotal contre un autre peut se faire par convention. Dans ce cas, le mari remettra la chose qui a été substituée à la première. La *permutatio dotis* est valablement faite soit au moment où la dot est constituée, soit même après la constitution (l. 25, D. *de jure dotium*, 23,3), soit enfin pendant le mariage (l. 26, l. 32, D. *h. t.*). Dans la loi 26, D. *h. t.*, Modestin dit que l'échange sera valable « *si hoc mulieri utile sit* ». Cette expression signifie simplement que la femme ne doit pas être lésée par cette convention et non pas qu'elle doit en retirer un profit.

62. — La femme s'est constitué en dot la part qu'elle avait dans un fonds indivis entre elle et un autre copropriétaire. *Constante matrimonio*, celui-ci intente contre le mari l'action *communi dividundo*. Comme l'aliénation qui résulte de ce partage est nécessaire, la loi Julia est ici sans application et le concours de la femme à la procédure est inutile. Son consentement serait au contraire indispensable dans le cas où le mari prendrait le rôle demandeur dans l'action en partage.

Si le fonds tout entier est adjugé à l'autre copropriétaire ou à un étranger, la dot consistera désormais dans la portion du prix revenant à la femme. Toutefois, la somme payée ne sera pas considérée, au point de vue de la restitution, comme remplaçant complètement le fonds lui-même ; en effet l'on n'obligera pas le mari à la rendre dès la dissolution du mariage et il jouira du délai de trois ans, fractionné par tiers, applicable à la restitution de la dot consistant en quantités.

Si, en sens inverse, le mari devenait par l'adjudication propriétaire du fonds entier, la portion acquise *ex re suâ* ne serait pas dotale et par suite pourrait être alié

née sans le consentement de la femme. Néanmoins, si elle n'a pas été vendue, cette part devra être restituée avec la partie dotale elle-même. C'est une application du principe que la restitution doit comprendre tout ce qui, à l'exception des fruits, est parvenu au mari à l'occasion de la dot. La femme sera alors tenue de rembourser le prix d'acquisition de cette partie indivise. Cet arrangement équitable ne peut être refusé ni par la femme ni par le mari. Toutes ces solutions sont données par Tryphoninus dans le paragraphe 4 de la loi 78, D. *de jure dotium*, 23, 3.

Il va sans dire que si le juge avait partagé le fonds en deux parties distinctes, la dot comprendrait l'une de ces parties.

63. — La loi 62, D. *h. t.* contient une décision intéressante. Titia, encore mineure de vingt-cinq ans, a échangé le quart lui revenant dans l'hérédité maternelle indivise entre elle et ses trois frères. En retour, elle a reçu un fonds qu'elle a apporté en mariage avec d'autres biens. Modestin, supposant la femme restituée *in integrum*, se demande quels sont les droits du mari et s'il doit rendre le fonds et se contenter des autres choses constituées en dot. Il répond qu'il ne voit aucune raison pour priver le mari de la dot qu'il a reçue. Par conséquent, la femme qui reprendra le quart indivis de l'hérédité payera à ses frères l'estimation du fonds rapportée au temps de la constitution de dot. La loi admet la même solution pour les cas où, la femme étant décédée, ses héritiers, autres que ses frères, ayant obtenu la *restitutio in integrum*, redemanderaient le quart indivis pendant que de leur côté les frères réclameraient le fonds (1).

64. — Une condamnation prononcée contre la femme

(1) En ce sens : Pothier, *Pandectes h. t.*, n° 39. M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 296 et suiv. — Voir à cet endroit l'exposé du système de Cujas sur l'interprétation de cette loi 62, D. *h. t.*

a amené la confiscation d'une partie de ses biens. La restitution se bornera alors à la portion de la dot qui n'a pas été confisquée. Quand cette confiscation partielle intervient pendant l'instance en restitution, même après la *litis contestatio*, le juge doit se contenter de condamner le mari à rendre la portion sur laquelle la confiscation ne portera pas. Si la confiscation était totale, l'instance se trouverait éteinte (l. 24, § 7, D. *soluto matrimonio*, 24,3).

65. — En principe, toutes les fois que des choses ont été données en dot sans estimation ou avec convention que l'estimation n'en vaudrait pas vente, les risques sont supportés par la femme (l. 10, pr. *de jure dotium*, 23,3). Celle-ci bénéficie des accroissements et améliorations et souffre des diminutions et des détériorations (l. 10, pr. et § 1. *h. t.*). En conséquence, si la chose a péri par cas fortuit, avant toute mise en demeure, le mari sera libéré en vertu de la règle *debitor rei certæ interitu liberatur* (l. 25, § 2, D. *soluto matrimonio* 24,3). Il en serait de même si le mari prouvait que la chose détruite, fût-ce postérieurement à la mise en demeure, eût également péri entre les mains de la femme, ou bien si, en retard lui-même de restituer, il avait, avant la perte de la *res dotalis*, constitué sa femme en demeure de la recevoir (l. 26, D. *soluto matrimonio*, 24,3). En cas de perte totale ou partielle dont il n'a pas à répondre, le mari sera uniquement tenu de rendre ce qui reste de la chose ou de ses accessoires ou bien les actions qui lui sont ouvertes (1) à la suite du fait qui a causé cette perte (l. 18, § 1, *in fine*, D. *soluto matrimonio*, 24,3).

66. — Quelle est en thèse générale la responsabilité maritale à l'égard des biens dotaux corps certains non estimés ? Le mari répond d'abord de son dol et des actes

(1) Par exemple : l'action *furti*, l'action *damni injuriæ*.

par lesquels il a détruit ou détérioré la chose dotale. Il pourra être condamné pour ce fait à payer une somme égale à celle que lui demandera la femme sous la foi du serment *quanti in litem juraverit* (l. 25, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24,3).

En outre, le mari est responsable de sa faute, et non pas seulement de sa faute lourde, qui est assimilée au dol, mais encore de sa faute légère (Fragments du Vatican, § 101), *quia causâ suâ dotem accipit* (l. 17, pr. D. *de jure dotium*, 23,3). Reste à savoir comment s'appréciera la *culpa levis* dont il est tenu. Généralement la faute légère est considérée *in abstracto*, c'est-à-dire en prenant pour type de comparaison le plus diligent des pères de famille. Sera-ce ce soin qu'on exigera du mari ? Nous pensons qu'il faut répondre négativement. Par exception l'appréciation de la faute ne se fera à son égard qu'*in concreto*. On lui demandera seulement la même diligence que celle qu'il apporte à ses propres affaires. Il est donc assimilé, quant à la responsabilité, à l'associé, au copropriétaire par indivis et à l'acquéreur qui doit restituer en vertu d'un contrat de fiducie. Son obligation est à ce point de vue, disons-nous, identique à celle de l'associé. Sans doute il n'existe pas de société véritable entre époux. « Mais au fond le but pécuniaire qu'il s'agit d'atteindre, savoir de soutenir les charges du mariage, est un but commun aux deux époux ; les moyens d'atteindre ce but, la masse des biens sur laquelle se prendront les dépenses à faire dans l'intérêt des deux époux, se composent des biens primitifs du mari et de ceux que la femme lui a apportés en dot. Il est donc vrai de dire qu'en constituant cette dot, la femme se confie au mari comme à un associé, dans un intérêt pécuniaire commun (1) ».

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 121. — A ces arguments on a ajouté la considération suivante : « Il faut que le mari puisse, comme chef de fa-

La loi 17, D. pr. *de jure dotium* 23,3 déclare formellement que le mari n'est tenu que de sa *culpa levis in concreto*, et c'est par cette loi qu'il faut interpréter les textes qui ne sont pas aussi explicites en cette matière (1).

Nous verrons plus loin si ces principes sont encore applicables quand c'est une créance qui a été constituée en dot.

II. — DROITS RÉELS.

67. — A l'égard des droits réels apportés en mariage, l'action en restitution a pour but le rétablissement des choses en l'état où elles se trouvaient avant la constitution.

Servitudes prédiales

68. — En vertu de la loi *Julia de fundo dotali*, les servitudes qui existent au profit du fonds dotal ne sont pas susceptibles de s'éteindre par l'*in jure cessio* faite par le mari au propriétaire du fonds servant ; de même le non-usage n'amènera pas l'extinction de la servitude rurale et l'*usucapio libertatis* sera sans effet pour la servitude urbaine. Il n'y a qu'un seul mode d'extinction des servitudes prédiales qui soit possible sous l'empire de cette loi : c'est la confusion.

69. — Dans le *principium* de la loi 7, D. *de fundo dotali*, Julien suppose en premier lieu que le mari acquiert le fonds de Titius grevé d'une servitude envers le fonds dotal. Le jurisconsulte admet sans hésitation que cette servitude se trouvera éteinte par confusion. Il ne s'ar-

» mille, disposer librement, durant le mariage, de la dot comme de sa
 » fortune propre, et par conséquent donner à ce bien de la femme (*res*
 » *uxoria*), qu'il doit restituer à la fin du mariage, seulement les soins qu'il
 » donne habituellement à ses propres biens ». Bethmann-Holweg, *Die Culpa*
 » *des römischen Rechts*, Appendice IV.

(1) Voir l. l. 24, § 5 et 66, pr. D. *solutio matrimonio*, 24,3.

rête pas à cette objection que la loi *Julia* défend au mari toute aliénation volontaire même partielle du fonds dotal. Cette prohibition n'a pas en effet d'application ici, car ce n'est qu'indirectement que la servitude est éteinte. Le mari n'a entendu poursuivre qu'un but, à savoir l'acquisition très licite pour lui d'un immeuble qui se trouve précisément être grevé d'une servitude au profit du fonds dotal. Si la servitude disparaît, c'est en vertu de la règle *nemini res sua servit*. Ce texte vient à l'appui du système qui considère le mari comme propriétaire de la dot à Rome (1).

Puis Julien passe à un autre ordre d'idées. Il suppose qu'au bout d'un certain temps le mari rend à Titius, sans rétablir la servitude, le fonds que celui-ci lui a vendu. Nous pensons que dans l'esprit du jurisconsulte ce n'est pas par une revente que Titius est redevenu propriétaire (2). L'immeuble lui est rendu par l'effet d'une *addictio in diem*, d'une *lex commissoria*, d'un pacte de réméré, ou bien encore par suite de l'exercice de l'action *redhibitoria*.

Lors de la résolution du contrat, la servitude devra être rétablie en exécution du principe qu'il faut dans ce cas replacer autant que possible les choses dans leur état antérieur. Si ce rétablissement n'a pas été demandé, le mari, qui est alors en faute, sera obligé de payer une indemnité à la femme. Mais il peut être insolvable. Dans cette situation la loi autorise la demanderesse à se faire céder l'action que son époux n'a pas songé à exercer contre Titius. Il n'est même pas nécessaire que cette cession ait lieu réellement ; on la considère comme sous-entendue et la femme intentera immédiatement l'action comme action *utile* contre le propriétaire du fonds anciennement grevé.

(1) Voir *suprà*, n° 28.

(2) Conf. M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 245.

Quelle décision faudrait-il donner si le fonds retournait à Titius non plus par suite d'une résolution mais en vertu d'une revente? En ce qui concerne le mari, sa situation est la même, qu'il s'agisse d'une résolution ou d'une revente : il est en faute pour ne pas avoir exigé le rétablissement de la servitude, il doit donc subir la peine de sa négligence. Mais à l'égard de Titius il importe de distinguer de quelle façon l'immeuble a été repris par lui. Est-ce à la suite d'une résolution? il sera alors tenu de reconstituer la servitude. Est-ce par l'effet d'une revente? il ne sera pas obligé de faire ce rétablissement s'il n'a d'ailleurs pris d'engagement formel en sens contraire. Dans ce cas, si le mari est insolvable, la femme supportera définitivement la perte que lui occasionne l'extinction de la servitude,

70. — Le paragraphe 1 de notre loi 7, D. *de fundo dotali* traite la question suivante : la femme a apporté en dot un fonds auquel des immeubles du mari devaient une servitude. Cette servitude s'éteignant normalement par confusion, en dehors du fait du mari, comment se réglera la restitution de la dot? Julien répond qu'il entrera dans l'office du juge d'ordonner que le fonds ne soit rendu à la femme ou à son héritier qu'après le rétablissement de la servitude.

Ce texte vient à l'appui du système d'après lequel l'action *rei uxoriæ* était à la fois une action *bonæ fidei* et une action *arbitraria* (1).

Pour savoir quelle condamnation encourra le mari qui ne rétablit pas la servitude, il y a lieu de distinguer deux situations :

1° Au moment de la dissolution du mariage, le mari est encore propriétaire du fonds primitivement grevé au profit de l'immeuble dotal. S'il s'est mis par son dol

(1) Voir *suprà*, n° 19. — *Conf.* M. Leveillé, *De la résolution pour inexécution des charges*, p. 46 et suiv.

dans l'impossibilité de reconstituer la servitude ou s'il se refuse à le faire, le juge le condamnera *quanti mulier in litem juraverit* (l. 25, § 1, D. *solutio matrimonio*, 24, 3).

2° A la même époque le mari n'est plus propriétaire de son immeuble et il ne s'est pas ménagé le moyen de faire le rétablissement de la servitude. Il lui eût été cependant très facile de se mettre à couvert de toute réclamation à cet égard, soit en retenant la servitude lors de la vente, soit en imposant à l'acquéreur l'obligation de la rétablir dans le cas où la dot serait redemandée. Le juge de l'action *rei uxoriæ* commencera par ordonner au mari de reconstituer la servitude et, si celui-ci ne peut y parvenir, il le condamnera à payer à la femme *quanti interest*.

Usufruit.

71. — Si l'usufruit dotal s'était éteint normalement, la question de restitution ne se poserait évidemment pas. Cependant, si l'action *rei uxoriæ* avait été intentée et si la *litis contestatio* était intervenue avant cette extinction, la femme ou ses héritiers auraient le droit de prétendre au montant de la condamnation. La *litis contestatio* a en effet pour résultat de substituer une obligation perpétuelle et transmissible au droit qui était susceptible de s'éteindre par l'expiration d'un délai ou par la mort d'une des parties.

Plusieurs hypothèses doivent être passées en revue :

72. — I. — Un tiers, voulant doter la femme, a constitué en dot sur son propre fonds un usufruit au profit du mari.

Comment, à l'événement, cet usufruit sera-t-il restitué à la femme ? La solution de cette question n'est pas sans offrir de difficultés. Tout d'abord le mari ne peut se servir de *in jure cessio*. L'usufruit n'est en effet trans-

missible de cette façon qu'au nu-propiétaire lui-même qui, dans l'espèce, n'est pas la femme.

Qu'arriverait-il si la cession avait été néanmoins faite à un autre qu'au nu-propiétaire? D'après Pomponius l'usufruit s'éteignait et le nu-propiétaire recouvrait la pleine propriété de sa chose (l. 66, D. *de jure dotium*, 23.3). Selon Gaius (*Institutes*, II, § 30) la cession ainsi consentie ne produisait aucun effet et l'usufruitier retenait son droit; c'est cette dernière doctrine que Justinien a consacrée (1).

Pour parvenir à rendre à la femme l'usufruit donné en dot, il faudra nécessairement recourir à l'un des expédients indiqués par les jurisconsultes romains.

1° La loi 66, D. *de jure dotium*, 23, 3 relate un de ces moyens détournés. Pomponius nous apprend qu'on avait imaginé, pour tourner la difficulté, de considérer le mari comme un usufruitier ne voulant plus exercer son droit par lui-même. De même que cet usufruitier, le mari louera ou vendra à la femme son droit d'usufruit moyennant un loyer ou un prix insignifiants *uno nummo*.

2° Un autre procédé se trouve mentionné dans la loi 57, D. *solutio matrimonio*, 24,3 : le mari donnera caution à la femme de la laisser jouir elle et ses héritiers tant qu'il vivra.

3° La même loi 57, D. *solutio matrimonio* met un troisième moyen à la disposition des intéressés : le mari restituera l'usufruit en le cédant *in jure* au nu propriétaire à la charge par celui-ci, soit de le rétrocéder à la femme, soit de lui fournir un équivalent en d'autres biens.

4° Enfin, la femme peut contraindre le mari à faire au nu propriétaire la *cessio in jure* de l'usufruit. Elle se procure ainsi un avantage soit pécuniaire, en obtenant

(1) *Conf.* M. Pellat, *op. cit.*, p. 306.

le prix de l'usufruit, soit moral en assurant au donateur le retour immédiat du droit.

Il est à remarquer que les deux premiers procédés avaient l'inconvénient de laisser l'usufruit reposer sur la tête du mari et par suite subordonné aux risques d'un prédécès ou d'une *capitis deminutio*.

73. — II. — La femme, usufruitière d'un fonds dont le mari est nu propriétaire, se constitue en dot cet usufruit par *in jure cessio*. Le droit cédé est acquis au mari non comme une servitude distincte mais comme un élément de sa propriété. La nue propriété devient pleine propriété par voie de consolidation ; le mari ayant obtenu, par cette constitution de dot, l'usufruit qui lui manquait ne sera pas exposé à perdre par le non-usage un droit qui lui appartient comme propriétaire.

Le mariage vient-il à se dissoudre par le divorce ? l'usufruit sera restitué au moyen de la constitution d'un droit semblable sur le même fonds. Prend-il fin par le prédécès de la femme ? le mari sera réputé n'avoir rien reçu en dot parce que, d'après le droit commun, l'usufruit cesse par la mort de l'usufruitier. La femme n'aurait pas en effet transmis cet usufruit à ses héritiers si le mari l'avait déjà rétabli en sa faveur. Tryphoninus tire de là cette conséquence que le mari, ne recueillant aucun bénéfice de la dot, ne devra pas contribuer aux funérailles de la femme (1) (l. 78, pr., D. *de jure dotium*, 23,3).

Malgré le silence de cette dernière loi, il est nécessaire de dire que, le mariage se dissolvant par le prédécès du mari, ses héritiers seront tenus de rendre l'usufruit comme au cas de divorce et par suite de constituer sur la tête de la femme un droit équivalant à l'ancien.

74. — III. — Le père de la femme a, par *in jure cessio*, constitué en dot pour sa fille l'usufruit qu'il avait

(1) Conf. l. 16, D. *de religiosis et sumptibus funerum*, 11, 7.

sur les biens de son gendre (l. 78, § 1, D. *de jure dotium*, 23,3). Nous sommes ici dans une hypothèse voisine de celle étudiée dans le *principium* de cette même loi; seulement, et c'est en cela que consiste la différence, la dot émane du père de la femme et non plus de cette dernière. Si la fille meurt *in matrimonio*, le père, à qui la dot profectice fait retour, obtiendra par l'action *rei uxoriæ* que son gendre lui constitue un nouvel usufruit.

74^{bis}. Bien entendu, le mari ne serait tenu à aucune restitution si l'usufruit avait été donné par un étranger sans stipulation de retour à son profit pour le cas de prédécès de la femme.

75. — IV. — Propriétaire d'un fonds, la femme en constitue en dot l'usufruit à son mari par *in jure cessio*. Celui-ci acquiert de la sorte un véritable droit d'usufruit qu'il pourra perdre par le non-usage ou par l'effet d'une renonciation formelle en faveur du nu propriétaire. C'est donc que le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal contenu dans la loi Julia *de fundo dotali* est étranger à l'aliénation du droit d'usufruit.

Cette hypothèse est étudiée par Tryphoninus dans le paragraphe 2 de la loi 78, D. *de jure dotium*, 23,3. Deux cas sont prévus par le jurisconsulte.

1^{er} Cas. — Le mari a perdu l'usufruit par le non-usage pendant deux ans. La femme reste-t-elle ou non dotée?

Une distinction s'impose suivant que la femme est ou n'est plus nu propriétaire du fonds lors de l'extinction de l'usufruit.

1° Si elle est encore nu-propriétaire à cette époque, elle ne peut plus rien réclamer par l'action *rei uxoriæ*, puisqu'elle a, par consolidation, recouvré d'une manière anticipée le droit même qu'elle avait apporté en mariage.

2° Mais le fonds peut avoir été aliéné quand l'usufruit prend fin. La consolidation profite alors au tiers acquéreur et non pas à la femme. Cette dernière sera par con-

séquent fondée à se faire indemniser pour le préjudice que lui cause la non restitution de l'usufruit éteint. Et, en effet, elle éprouve un véritable dommage. Sans doute, ayant cessé d'être nu-propriétaire, elle ne peut recouvrer l'usufruit lui-même par *in jure cessio*, mais au moyen de voies détournées il lui eût été possible, si l'usufruit eût encore existé, d'en tirer un avantage pécuniaire ou simplement moral. Ces voies détournées, nous les avons indiquées à propos de l'hypothèse où un propriétaire a, *dotis nomine*, constitué sur son propre fonds un usufruit du mari (1). Elles peuvent être également suivies dans notre espèce : « car la position de la femme qui demande » la restitution de l'usufruit constitué en dot est la même » dans le cas où elle n'a jamais eu la propriété que dans » le cas où elle l'a aliénée, sauf, dans ce dernier cas, les » obligations qu'elle a pu s'imposer lors de la vente » (2).

2^e Cas. — Le mari a conservé l'usufruit.

La mort de la femme n'entraîne pas l'extinction de l'usufruit ; ce droit subsistera pendant toute la vie du mari sur la tête de qui il repose.

Quand le mariage vient à se dissoudre par la mort du mari, l'usufruit prend fin et retourne à la femme nu-propriétaire. Celle-ci n'aura donc à réclamer que la part pouvant lui revenir dans les fruits de la dernière année du mariage à compter du moment où il a cessé.

Reste l'hypothèse où c'est par le divorce que s'est produite la dissolution de l'union des époux. La restitution de l'usufruit est alors exigible. Pour savoir comment elle s'opérera il est nécessaire de distinguer encore si la femme est ou n'est plus nu-propriétaire.

Si elle a conservé la nue-propriété, la restitution aura lieu directement par *in jure cessio* et la consolidation se produira.

(1) Voir *suprà*, n^o 72.

(2) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 407.

Si elle n'est plus nu-propriétaire, l'action *rei uxoriæ* lui est néanmoins ouverte pour obtenir que le mari se démette de l'usufruit en faveur du nouveau nu-propriétaire. La femme, avons-nous vu, peut avoir, à agir de la sorte, un intérêt pécuniaire ou simplement moral. Ajoutons qu'au moyen de l'un des procédés mentionnés par les lois 66, D. *de jure dotium* et 57, D. *soluta matrimonio* (1), il lui serait possible de recouvrer soit l'exercice du droit d'usufruit, soit un nouvel usufruit ou un équivalent consentis par le nu-propriétaire actuel.

76. — V. — La femme, après avoir, comme dans l'hypothèse précédente, constitué à titre de dot à son mari l'usufruit d'un fonds à elle propre, lui a ensuite vendu ce fonds pendant le mariage.

Quels droits pourra-t-elle exercer au moment du divorce? Tryphoninus pose et résout cette question dans le paragraphe 3 de la loi 78, D. *de jure dotium*, 23,3. Il est nécessaire de connaître si, dans la vente du fonds, le prix a été fixé d'après la valeur de la nue propriété ou d'après celle de la pleine propriété.

1° A-t-on pris comme base de l'estimation la valeur de la nue propriété, la femme aura droit de recouvrer par l'action *rei uxoriæ* le prix de l'usufruit. Mais si le mari était mort avant le procès, avant la *litis contestatio*, ses héritiers n'auraient rien à restituer; l'usufruit se serait en effet éteint naturellement sans aucun fait imputable.

2° A-t-on au contraire fixé le prix du fonds d'après la valeur de la pleine propriété, la femme n'aura aucune réclamation à prétendre à la dissolution du mariage; c'est comme si elle avait retiré sa dot pendant le mariage.

77. — VI. — La femme a apporté en dot l'usufruit qu'elle possédait sur un fonds appartenant à une autre personne qu'à son mari.

Elle n'a pu transférer son droit à son époux par *in*

(1) Voir *suprà*, n° 72.

jure cessio, ce mode de transmission n'étant valable qu'à l'égard du nu-propriétaire. Il lui a donc fallu, recourant à un moyen détourné, vendre ou louer *uno nummo* son droit à son mari, ou bien lui promettre, en donnant caution, de le laisser jouir de l'usufruit, ou bien encore renoncer à son droit en faveur du nu-propriétaire à charge, par celui-ci, de le rétablir au profit du mari ou de lui donner un équivalent.

Arrivant la dissolution du mariage, la restitution de l'usufruit s'opérera par l'un des procédés qui ont servi à sa constitution.

Droit de superficie. — Droit d'emphytéose.

78. — La loi *Julia de fundo dotali* s'applique à la lettre quand le mari a reçu en dot un droit de superficie ou d'emphytéose (1). La restitution se réglera pour ces droits comme pour le fonds dotal.

Hypothèque.

79. — L'hypothèque qui garantit une créance comprise dans la dot n'est pas un *prædium dotale* soumis aux règles de la loi *Julia*. Le mari, qui est libre de disposer de la créance, jouira de la même faculté à l'égard de l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire. De même, s'il n'est pas payé à l'échéance, il pourra, sans le concours de sa femme, faire vendre l'immeuble hypothéqué pour se payer sur le prix. Mais, par argument d'analogie tiré de la loi 5, § 3, D. *de rebus eorum, qui sub tutela aut cura sunt*, 27,9, M. Demangeat estime avec raison que, si le mari a obtenu de l'Empereur de garder comme propriétaire, par une sorte de dation en paiement, l'immeuble hypothéqué, « cet immeuble vient prendre la place de » la créance dotale : il doit être dotal, et par conséquent » inaliénable » (2).

(1) Voir M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 266, note 1.

(2) Voir M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 328.

III. — CRÉANCES CONSTITUÉES EN DOT.

1° Une dot a été constituée par voie de promesse.

80. — Si le mari a reçu le montant de la dot que le constituant s'était engagé à fournir, la restitution des objets ainsi remis s'opérera conformément aux règles ci-dessus établies (1). Dans le cas inverse, c'est-à-dire si la dot est encore due, le mari qui n'est pas en faute n'est tenu que de céder sa créance dans l'état où elle se trouve lors de la dissolution du mariage.

81. — Quelle est la responsabilité du mari par rapport aux créances dotales ? Nous pensons qu'elle est la même que celle qui lui incombe à l'égard des corps certains. Il ne répond que de sa faute légère *in concreto* pour le recouvrement de la créance dotale. Néanmoins plusieurs interprètes sont d'avis que le mari est en cette matière tenu de la diligence la plus exacte. « Les textes, disent-ils, qui s'occupent des *nomina in dotem data*, soit par délégation soit par cession, ne parlent pas de *diligentia quam suis rebus adhibet*, comme les textes qui sont relatifs aux *res corporales in dotem datae*. Pour ces choses qui sont matériellement au pouvoir du mari et employées par lui aux besoins communs des deux époux, on comprend qu'il soit tenu d'y apporter seulement les soins qu'on attend d'un associé. Mais il en est autrement des créances : le mari pourrait exiger que la femme fit elle-même le recouvrement et lui remît ensuite l'argent en nature ; s'il entreprend lui-même ce recouvrement, il se charge en quelque sorte de l'affaire d'autrui, et il doit être tenu de la diligence la plus exacte, comme un mandataire » (2).

Ces arguments ne paraissent pas décisifs. La raison

(1) *Conf. Maynz, op. cit.*, III, § 397, p. 46.

(2) Opinion de Hasse (*Die culpa*, p. 438) et de Glück (*Pandecten*, t. 25, p. 34). Cette citation est faite par M. Pellat, *op. cit.*, p. 232.

tirée de l'absence de mention de la *diligence qu'on doit apporter à ses propres affaires* n'est pas convaincante. Le texte qui contient les principes relatifs à la responsabilité en matière dotale est la loi 17 pr. D. *de jure dotium*, 23, 3. Cette loi n'exige du mari que la diligence qu'il apporte à ses propres affaires. Le second motif invoqué en faveur de la doctrine que nous combattons est que le mari doit être assimilé au gérant d'affaires dont la responsabilité s'apprécie *in abstracto* (l. 23, D. *diversis regulis juris*, 50, 17). Mais cette assimilation n'est pas fondée ; il y a entre le gérant d'affaires et le mari cette différence que le premier agit uniquement dans l'intérêt d'un étranger et à l'insu de ce dernier, tandis que le second agit autant dans son intérêt que dans celui de sa femme ; il n'est donc tenu que de sa *culpa levis in concreto*.

Toutefois il est permis de croire qu'il y avait sur cette question divergence d'opinion entre les jurisconsultes romains (1).

Il faut examiner maintenant dans quels cas le mari sera responsable de la perte des créances dotales.

82. — Voyons en premier lieu le cas où la dot a été promise par la femme elle-même ou par son père. — Julien au livre 16 de son Digeste décidait que l'insolvabilité du père était à la charge du mari (2). Ulpien répond que cette opinion est inadmissible (l. 33, D. *jure dotium*, 23, 3). Comment en effet accueillir la réclamation d'une femme se plaignant de ce que son père n'a pas été

(1) *Conf.* M. Pellat, *op. cit.*, p. 233, note 1.

(2) Il n'est pas certain que Julien ait mis à la charge du mari l'insolvabilité de la femme qui a fait la promesse de dot. Le texte de la loi 33, D. *de jure dotium* ne semble pas permettre d'attribuer à Julien une opinion aussi rigoureuse. Le § 4 de la loi 41 D *h. tit.* vient corroborer cette remarque. — En outre Julien admettait que si la femme pouvait lui reprocher de n'avoir pas exigé la dot promise par le beau-père, le mari néanmoins cessait d'être responsable de cette faute, s'il devait restituer la dot au constituant lui-même (l. 30, § 1, D. *solutio matrimonii*, 24, 3).

poursuivi par son mari en paiement de la dot promise ? A plus forte raison le juge n'écouterait pas la femme qui viendrait reprocher à son mari de ne l'avoir point actionnée elle-même pour l'exécution de sa promesse.

Labéon, conformément d'ailleurs à la jurisprudence, refusait au père de la femme, poursuivi en paiement de la dot promise, le bénéfice de n'être condamné que dans la limite de ses moyens. Et pourtant ce bénéfice était admis en faveur du mari et du père du mari condamnés à restituer la dot. Aussi cette doctrine n'est-elle pas acceptée par Paul dans toute sa rigueur. Le jurisconsulte distingue suivant que la dot est redemandée pendant le mariage ou après sa dissolution. Dans le premier cas, l'alliance qui existe entre le mari et le constituant procure à celui-ci l'avantage d'une condamnation restreinte à ses facultés. Dans le second cas, le père ne jouit de ce bénéfice que s'il ne s'en est pas rendu indigne en trompant son gendre par une promesse de dot qu'il savait ne pouvoir remplir (l. 1. 21 et 22, D. *de re judicata* ; l. 84, D. *de jure dotium*, 23, 3 ; l. 17, D. *solutio matrimonii*, 24, 3). La femme qui s'est dotée elle-même a droit d'invoquer ce bénéfice (1).

83. — La dot peut avoir été promise par un étranger agissant tantôt comme débiteur de la femme, tantôt uniquement dans le but de faire une donation.

1° Si la promesse a eu lieu *ex necessitate*, c'est-à-dire si l'étranger était déjà débiteur de la femme, le mari est responsable s'il a omis d'exiger le paiement de la créance à l'époque où il eût été possible pour lui de l'obtenir. Mais, s'il a fait toutes les diligences requises, l'insolvabilité du débiteur retombera sur la femme elle-même.

En principe, le mari n'est donc responsable que s'il a compromis par sa négligence le recouvrement de la créance dotale. Mais les risques seraient à sa charge

(1) Sur le bénéfice de compétence voir *infra*, nos 173 et suivants.

s'il était prouvé qu'il eût assumé les chances de non recouvrement. C'est ce qui arriverait : 1° s'il avait fait crédit au débiteur en exigeant de lui des intérêts (l. 71, D. *de jure dotium*, 23, 3); 2° s'il avait pris pour bonne la créance telle qu'elle existait au temps où a été contractée l'obligation (argument de la loi 41, § 3, D. *h. t.*); 3° s'il avait stipulé la dot pour faire novation (l. 35, D. *h. t.*); 4° s'il avait fait acceptilation de la créance dotale *injussu uxoris* (l. 49, D. *h. t.*). Dans tous ces cas l'on considère que le mari a reçu du débiteur la somme due et la lui a prêtée à nouveau.

2° Si cet étranger avait fait la promesse dans le seul but de gratifier la femme, la responsabilité du mari devrait, ainsi que le constate Ulpien, s'apprécier avec indulgence (l. 33, D. *h. t.*). Le mari est excusable de n'avoir pas poursuivi avec rigueur le bienfaiteur de sa femme; il n'eût pu d'ailleurs le faire condamner que dans la limite de ses facultés, car, d'après le rescrit d'Antonin le Pieux, tout donateur ne doit être obligé que dans cette limite. Donc Ulpien, dans cette loi 33, D. *h. t.*, paraît accorder au donateur l'avantage de n'être poursuivi que jusqu'à concurrence de ses moyens aussi bien à l'égard du mari que vis-à-vis de la femme donataire. Or cette opinion semble inconciliable avec les décisions de Paul (l. 41, *pr.* D. *de re judicata*, 42, 1), de Tryphoninus (l. 33, *de novationibus*, 46, 2) et d'Hermogénien (l. 33, § 3, D. *de donationibus*, 39, 5).

Selon ces jurisconsultes, le donateur est tenu jusqu'à concurrence de ses facultés seulement à l'encontre de la femme, mais le mari est considéré comme un créancier ayant droit à la totalité de l'obligation. Cujas (1) a essayé de mettre d'accord ces textes en suppléant les ellipses qui se trouvent dans la loi 33, D. *de jure dotium*. D'après cette leçon « l'excuse du mari, à qui la femme

(1) *Observ.* XII, 17 (t. III, p. 316).

» reprocherait sa négligence, consisterait à dire : j'ai » ménagé celui que tu aurais ménagé toi-même, et qui » était ton bienfaiteur » (1). Pothier (2) admet cette explication. Néanmoins il est possible de supposer, surtout en présence de la construction grammaticale du texte de la loi 33, D. *de jure dotium* rectifié par Cujas, qu'Ulpien a pu avoir sur cette question une opinion particulière. Cette divergence s'explique par cette considération qu'Ulpien était plus porté que Paul à faire prévaloir dans ses décisions les règles de l'équité.

Si le débiteur non poursuivi par le mari mourait insolvable, laissant la femme pour héritière, celle-ci, d'après l'opinion de Labéon, de Julien et de Paul, ne pouvait reprocher à son époux la faute par lui commise. Comment en effet aurait-elle pu agir pour une somme qu'elle devait elle-même ? Le mari se libérera donc complètement en restituant sa créance par *acceptilatio* consentie au profit de la femme (l. 41, § 4, D. *de jure dotium*, 23, 3).

84. — La loi 46 pr. D. *h. t.* suppose que l'esclave du mari s'est laissé promettre une dot au nom de son maître. Celui-ci acquiert la créance à son insu, mais, tant qu'il n'aura pas ratifié la promesse, les risques de l'insolvabilité du débiteur seront pour la femme. Le mari ne sera même pas responsable de sa faute avant cette ratification. Il en est également ainsi quand la dot a été constituée par tradition. Cette loi 46 pr. donne une solution semblable quand, au lieu d'un esclave, c'est un fils de famille qui a reçu la promesse ou la tradition au nom de son père.

2°. — Une créance a été constituée en dot par voie de délégation.

85. — *Primus*, débiteur de *Secundus* et créancier de

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 144.

(2) Pandectes, tit. *solutio matrimonio*, n° 71.

Tertius, voulant se libérer de sa dette, donne mandat à *Tertius* de s'obliger envers *Secundus*. Cette opération est appelée délégation; elle devient définitive quand *Secundus* a stipulé de *Tertius* avec l'intention de nover. La délégation exige donc le concours de trois volontés, du créancier délégrant, du débiteur délégué et du tiers délégataire (l. 11, D. *de novationibus et delegationibus*, 46, 2). Intervenue *novandi causâ*, la délégation produit un triple effet : le délégué devient le débiteur du délégataire; le délégué cesse d'être débiteur du délégrant; le délégrant est de son côté définitivement libéré de sa dette envers le délégataire.

Comme conséquence, l'insolvabilité du délégué sera désormais à la charge du délégataire, sans qu'il y ait à distinguer si elle existait déjà avant la délégation ou s'est produite depuis. En effet, en acceptant le nouveau débiteur aux lieu et place de l'ancien, le délégataire a suivi la foi du délégué; il n'a pas de recours à exercer contre le délégrant « *nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit* » (l. 68, § 1, D. *de evictionibus et duplæ stipulatione*, 21, 2).

Telle est la règle générale. Les parties sont cependant libres d'y déroger en convenant expressément ou tacitement que la délégation est faite aux risques et périls du délégrant.

86. — Ces principes s'appliquent-ils à la délégation intervenue *dotis causâ*, et, en particulier, l'insolvabilité du débiteur délégué est-elle aux risques du mari délégataire?

Paul (l. 44, § 3, D. *de jure dotium*, 23, 3) donne les deux décisions suivantes :

1° Si le délégué ne s'est engagé que sous condition et est devenu insolvable *pendente conditione*, la perte est pour la femme; le mari n'est point censé avoir pris à son compte la créance dans un temps où il ne pouvait l'exiger.

2° En cas d'insolvabilité du débiteur au moment de sa promesse, la perte est pour le mari ; il est censé avoir pris sciemment les risques à sa charge, il devra donc payer ce qu'il n'aura pas touché.

Ces deux hypothèses écartées, la question qui se pose est celle-ci : la règle d'après laquelle celui qui accepte une délégation prend les risques à sa charge est-elle applicable lorsque le délégué, obligé purement et simplement, a été à tort ou à raison considéré par le mari comme solvable au jour de sa promesse ? Suivant l'expression de M. Accarias (1) : « la question revient à savoir si le délégataire absorbe le mari ou si c'est le mari qui absorbe le délégataire. »

Certains interprètes pensent qu'on doit appliquer les principes qui régissent la délégation et que le mari sera toujours responsable si ce n'est dans le cas où la femme a pris pour son compte les risques et périls de la créance. Rien, disent-ils, n'indique que la règle générale, d'après laquelle le délégataire est réputé payé par le délégant, est étrangère à la délégation *dotis causâ* : *bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum*, l. 26, § 2, D. *mandati vel contra*, 17, 1. Ils ajoutent de plus que la loi 6, D. de *pactis dotalibus*, 23, 4, autorisant à mettre les risques à la charge de la femme en cas de délégation, n'aurait aucun sens si l'insolvabilité du débiteur délégué n'était pas ordinairement supportée par le mari.

Suivant une opinion contraire, les principes de la restitution de la dot priment en cette matière les règles de la délégation.

« Le point de vue du créancier et celui du mari sont » tout différents.

« Le créancier prend en paiement une nouvelle créance » en place de l'ancienne, qui est éteinte par novation :

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 721, note 2, 3^e édition.

» désormais il court la chance de l'insolvabilité du nouveau débiteur, comme auparavant il courait la chance de l'insolvabilité de l'ancien débiteur. Pour rejeter cette chance sur une autre personne, il faut une convention spéciale.

« Au contraire, le mari n'a pas en vue de mettre fin à un rapport antérieur, mais d'en commencer un, de se constituer, en recevant une dot, éventuellement débiteur de sa restitution. Il s'agit donc de savoir ce qu'il aura à restituer, et pour cela d'examiner ce qu'il a reçu » (1).

Quand la dot a été promise par une personne qui n'était pas débitrice de la femme, le mari répond seulement de son dol et de sa faute ; pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque c'est la femme qui a fait promettre la dot par son débiteur ? Il n'y a pas de raison de traiter différemment deux situations qui en définitive ne se distinguent que par la forme employée pour la constitution de la dot.

Dans cette doctrine, le pacte prévu par la loi 6, D. *de pactis dotalibus*, 23, 4, n'a d'autre utilité « que de prévenir toute discussion et toute recherche relativement à la connaissance que le mari a pu avoir de l'insolvabilité du délégué au jour même de la délégation » (2).

Les partisans du premier système sont du reste obligés par les lois 56 pr. et 41, § 3, D. *de jure dotium*, 23, 3, d'admettre deux exceptions à leur principe. D'après eux la règle générale *delegatarius sequitur nomen delegati* cesse d'être applicable : 1° quand le débiteur délégué doit *un corps certain* ; 2° ou bien lorsqu'il a promis au délégataire sous une condition et est devenu insolvable avant l'accomplissement de cette condition.

La première de ces exceptions est basée sur la loi 56

(1) M. Pellat, *op. cit.*, p. 170.

(2) M. Accarias, *Précis de droit romain*, II, p. 721, note 2.

pr. D. *de jure dotium*, 23, 3, où Paul s'exprime en ces termes : « Si un débiteur, qui devait à une femme l'esclave Stichus, a été délégué par elle à titre de dot, et qu'avant qu'il ait payé Stichus soit mort, sans que le débiteur ait été en demeure de payer, ni le mari en retard d'agir, la mort de Stichus sera aux risques de la femme ; et quand même le mari aurait été en demeure d'exiger la dot, si cependant Stichus eût dû également mourir chez le mari, celui-ci ne sera point tenu, à cet égard, de l'action dotale ».

Si, d'après cette loi, la perte est pour la femme, c'est, dit-on, parce que relativement au débiteur d'une *species*, d'une chose corporelle individuellement déterminée, il ne peut pas être question de *nomen sequi* dans le même sens que pour le débiteur d'une somme.

Cette assertion n'est aucunement justifiée. L'on ne voit pas pourquoi le délégant supporterait la perte du corps certain dû par le délégué plutôt que le non-paiement de la somme dont ce dernier est débiteur. Le délégant n'est-il pas au contraire libéré définitivement par novation, quelle que soit la nature de l'objet dû, que l'obligation soit ou non susceptible de s'éteindre par cas fortuit ? Sans doute la loi 56 pr. D. *de jure dotium*, 23, 3, met formellement à la charge de la femme la perte de Stichus, mais cette décision ne se justifie point par une prétendue exception à la règle *delegatarius sequitur nomen delegati*, elle s'explique par ce motif que la *delegatio dotis causâ* est réputée toujours faite aux risques de la femme. C'est pourquoi dans notre texte on ne s'occupe pas de savoir si le mari s'est chargé des risques, on se demande seulement s'il y a eu demeure soit de la part du débiteur soit de la part du mari.

La seconde exception est tirée de la loi 41, § 3, D. *de jure dotium*, 23, 3. « Si, dit Paul, un débiteur de la femme promet la dot sous condition, et qu'ensuite,

mais avant que le mari puisse agir, ce débiteur ait cessé d'être solvable, je suis porté à décider que cette perte est pour la femme ; car le mari n'est point censé avoir pris à son compte cette créance dans un temps où il ne pouvait l'exiger. Que si le débiteur était déjà insolvable lorsqu'il promettait sous condition, la perte est pour le mari, puisque, sciemment, il a pris pour bonne la créance telle qu'elle était au temps où a été contractée l'obligation ».

Cette loi, d'après les auteurs du premier système, prouve que la règle générale *delegatarius nomen sequitur delegati* ne s'applique pas quand le délégué s'est engagé conditionnellement envers le délégataire et est devenu insolvable avant l'accomplissement de la condition. Le motif de cette exception est que, si le mari doit connaître la position du délégué au moment de la promesse, il ne peut prévoir ce qu'elle deviendra plus tard.

Cette raison n'est pas suffisante. D'abord, en fait, il n'est pas exact de prétendre qu'il est plus difficile de prévoir la possibilité d'une insolvabilité future que de connaître exactement la véritable situation du promettant au moment de la promesse. Si d'ailleurs ce motif était acceptable, il faudrait également en tenir compte quand, au lieu d'une créance conditionnelle, il s'agirait d'une créance à terme ; or, les partisans du premier système ne vont pas jusqu'à admettre cette conséquence. Enfin la novation ne se produit-elle pas aussi bien quand l'engagement du délégué envers le délégataire est conditionnel que lorsqu'il est pur et simple ? A l'arrivée de la condition, la créance primitive sera novée. Ce qui tient en suspens la réalisation de la novation, c'est uniquement la *validité* de la nouvelle créance et non sa *bonté*. Le délégant sera donc libéré dès que l'obligation du délégué sera définitive, sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter de la solvabilité du nouveau débiteur.

Nous ne voyons pas ce qui dans la loi 41, § 3 permet de soutenir qu'en règle générale les risques de l'insolvabilité du délégué sont à la charge du débiteur primitif dans la délégation conditionnelle plutôt que dans la délégation pure et simple. Il ressort au contraire de ce texte que les risques de la créance, conditionnelle ou non, incombent ordinairement à la femme et que le mari n'en est tenu que s'il est en faute ou s'il a suivi la foi du débiteur. Pour savoir quand le mari est réputé avoir fait crédit au délégué qui a promis conditionnellement, Paul distingue suivant que celui-ci est *devenu* insolvable avant l'arrivée de la condition ou *était* déjà d'une insolvabilité notoire lors de la délégation. Dans le premier cas la perte est pour la femme, car le mari, ne pouvant à cette époque exiger le paiement de la créance, n'est pas présumé avoir assumé les risques de son recouvrement ; dans le second cas la perte sera pour le mari parce qu'il a compté sur la solvabilité future du débiteur (1).

C'est donc que « de droit commun, en matière de constitution dotale, la responsabilité de ces risques pèse sur la femme, et n'est imposée au mari qu'autant qu'il l'a assumée par sa volonté, ou encourue par sa faute. Il en est autrement du créancier délégataire : il prend de droit à sa charge l'insolvabilité du débiteur délégué en libérant le débiteur délégant, à moins qu'il n'y ait eu convention contraire, ou dol du délégant » (2).

87. — Nous venons de dire que le mari, acceptant comme débiteur le délégué insolvable lors de la promesse, prenait à sa charge les risques du recouvrement

(1) Il suit de là, que si le mari avait ignoré l'insolvabilité du débiteur, c'est la femme qui supporterait la perte de la créance. Cette disposition, toute spéciale au régime de la dot, fut généralisée par Cujas et Pothier et étendue par eux à la délégation faite au profit d'un créancier quelconque. Cette doctrine est passée dans l'article 1276 de notre Code civil.

(2) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 177.

de la dot. Mais pour que ce résultat se produisît, il était nécessaire que l'époux délégataire eût agi dans l'espérance de voir le délégué revenir à meilleure fortune. Si au contraire sa conduite n'avait été dictée que par le désir d'avantager sa femme, il y aurait là une donation entre époux frappée de nullité. Nératius, qui examine cette hypothèse dans la loi 53, D. *de jure dotium*, 23,3, donne à ce propos les décisions suivantes : les risques ne doivent regarder le mari que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle le débiteur se trouvait solvable ; si ce débiteur acquiert ultérieurement quelques moyens de payer, la responsabilité du mari s'élèvera d'autant et restera fixée à ce taux quand bien même le patrimoine du délégué viendrait à diminuer par la suite : en un mot il n'y a donation que pour la somme qui ne peut être obtenue du débiteur.

88. — La loi 45, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3 suppose que la femme, sur le point de contracter mariage avec un autre que son débiteur ou le père de celui-ci (1), délègue à son futur mari ce débiteur, fils de famille, lequel par *dictio* ou *promissio* promet une dot jusqu'à concurrence du pécule. Pour savoir ce que le mari doit rendre à l'événement, il faut déterminer tout d'abord ce qui s'est trouvé constitué en dot et par suite se demander à quel moment l'on se placera pour fixer le montant du pécule. Tryphoninus décide que, pour estimer le pécule, on considérera *le temps de la promesse*. Si le pécule vient à diminuer de valeur entre la promesse et la célébration du mariage, c'est la femme qui supportera la perte ; elle ne peut en effet adresser aucun reproche à son mari qui n'a pas eu le pouvoir de poursuivre le recouvrement de la créance avant la célébration du mariage. — Réciproquement, si le pécule a augmenté de valeur entre la pro-

(1) Voir *infra*, nos 99 et suivants, les hypothèses où la femme épouse le fils de famille, son débiteur, ou le père de celui-ci.

messe et la célébration du mariage, cette augmentation ne sera pas dotale et appartiendra à la femme comme bien paraphernal. — Quant à l'accroissement survenu après le mariage, il va de soi qu'il sera également paraphernal.

3°. — *Une créance a été constituée en dot par voie de cession.*

89. — Par la cession qui lui est faite, le mari devient maître de la créance comme dans l'hypothèse de la délégation ; il encourt par conséquent la même responsabilité (1). Il restituera ce qu'il a obtenu en poursuivant le débiteur de la femme. S'il lui a été impossible, sans qu'il y ait eu faute de sa part, de recouvrer la somme due, il se libérera en rendant l'action qui lui avait été confiée : *neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati judicio*, l. 49 pr. D. *solutio matrimonii*.

4°. — *Dot constituée par acceptilation ou pacte de non petendo.*

90. — Le mari est débiteur de la femme ou du tiers qui veut constituer la dot. S'il lui est fait une acceptilation *dotis causâ*, la dette sera éteinte *ipso jure*. Il gardera en dot ce qu'il doit ; c'est comme s'il avait payé le montant de sa dette et l'avait ensuite reçu *dotis nomine*, (l. 41, § 2, D. *de jure dotium*, 23, 3).

91. — Mais, au lieu d'avoir recours à l'acceptilation, les parties peuvent s'être contentées de convenir que le mari conserverait à titre de dot l'objet dont il est débiteur. Quel sera l'effet de cette convention ? A partir du jour où la dot a été valablement constituée par simple pacte, il est certain que le mari était libéré et que sa dette

(1) Maynz, *op. cit.*, III, § 397, p. 47.

formait la dot de la femme (l. 6, C. *de dotis promissione*, 5, 11). Mais en était-il de même à l'époque classique ? La loi 12, § 2, D. *de jure dotium*, 23, 3, permet de répondre affirmativement ; seulement la libération, au lieu d'être produite *ipso jure*, n'avait lieu qu'*exceptionis ope* « *sed tamen exceptionem habere potest* ». D'ailleurs, au point de vue qui nous occupe, peu importe que la créance soit éteinte *ipso jure* ou seulement *exceptionis ope*. Comme le fait observer M. Demangeat, cette circonstance est « sans intérêt quand il s'agit de savoir si, par « la volonté des parties, la chose que doit le mari peut » devenir dotale sans avoir cessé un seul instant de lui » appartenir » (1). Il est probable que les jurisconsultes romains, en matière de dot, s'accordaient pour sous-entendre une translation tacite de propriété aussi bien quand les parties avaient manifesté leur volonté dans la forme de l'acceptilation que lorsqu'elles avaient eu recours à un simple pacte (l. 9 pr. D. *de fundo dotali*, 23, 5).

92. — La femme peut également employer la *dictio* pour se constituer en dot sa créance contre son mari. Tandis que Marcellus (l. 44, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3) attribue à la diction l'effet d'un simple pacte *de non petendo*, d'autres jurisconsultes lui reconnaissent la vertu d'éteindre la dette *ipso jure* comme le ferait une acceptilation (Tryphoninus, l. 77 ; Paul, l. 25, D. *h. t.*).

93. — Ulpien dans la loi 43, § 1, D. *h. t.* indique la manière dont la restitution aura lieu quand la dot a été constituée par acceptilation.

Si l'obligation éteinte par l'acceptilation était *pura*, dès le principe, ou devenue telle par l'arrivée du terme ou de la condition avant la dissolution du mariage, le mari ne sera point tenu de la rétablir ; il restituera l'ob-

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 216.

jet même de l'obligation et se libérera aux époques d'usage (Ulpien, VI, § 8).

Si l'obligation était à terme et si ce terme n'était pas échu, le mari devra rétablir la créance avec la modalité qui l'affectait primitivement. Il en sera de même dans le cas où la condition, à laquelle l'obligation était subordonnée, ne se serait pas accomplie pendant le mariage.

Enfin, si la dette était garantie par une caution, le mari devra obtenir du fidéjusseur libéré par l'acceptilation qu'il s'oblige à nouveau, ou bien fournir lui-même un autre fidéjusseur équivalent.

94. — La restitution s'effectuera d'après les mêmes règles si, au lieu de l'acceptilation opérant *ipso jure*, le mari était libéré *exceptionis ope* par l'effet d'un pacte de *non petendo* (l. 12, § 2, D. *de jure dotium*, 23, 3).

95. — La femme, à qui Titius avait promis l'esclave Pamphila, épouse son débiteur et par *dictio* se constitue en dot ce qui lui est dû. Comment se déterminera la restitution à faire lors de la dissolution du mariage ? Pour répondre à cette question, il faut évidemment savoir ce qui s'est trouvé constitué en dot, l'esclave Pamphila ou bien la libération de l'obligation. Celse, dans la loi 58, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3), propose de résoudre la question par une distinction :

Au moment de la *dictio* le mari a-t-il en son pouvoir l'esclave Pamphila ? Le jurisconsulte décide qu'on supposera que c'est Pamphila elle-même qui a été constituée en dot. Dès lors, l'on appliquera les règles exposées plus haut pour la restitution des choses corporelles. Les risques seront à la charge de la femme qui, d'autre part, aura droit de se faire rendre avec Pamphila les enfants nés d'elle (*causa*).

Le mari n'a-t-il point au contraire à cette époque Pamphila en son pouvoir ? La dot consistera dans la libération de l'obligation. Le mari sera débiteur de l'esclave seule-

ment et non des enfants qui en sont nés parce que, dans toute action *stricti juris*, la *causa* n'est due qu'à partir de la *litis contestatio*. Si Pamphila avait péri par accident, l'obligation du mari serait éteinte.

96. — La femme, sur le point d'épouser son débiteur, a fait une *dictio dotis* en ces termes : « Vous aurez en » dot ce que vous me devez ou le fonds Sempronien ». Quel sera l'objet de la dot ? Julien (l. 46, § 1, D. *de jure dotium*, 23,3) répond ainsi à cette question : la dot se composera de celle des deux choses que la femme voudra ; si elle préfère laisser, à titre de dot, entre les mains du mari ce que celui-ci lui doit, elle pourra se défendre par une exception contre la demande du fonds ; si au contraire elle a donné le fonds, elle exigera la somme par la *condictio*.

On admet généralement contrairement à l'opinion de Cujas (1) que la *condictio* dont il s'agit ici est la *condictio sine causa* et non celle qui résultait de la créance primitive (2). Le mari devra, suivant le cas et d'après les règles applicables en cette matière, restituer à la femme ce qui, en définitive, est devenu dotal, soit la créance originaire, soit le fonds livré *dotis causâ*.

97. — La femme épouse son débiteur qui est tenu envers elle d'une obligation alternative et apporte en mariage sa créance. Sur quoi portera la dot ? Elle comprendra ce qui sera devenu dotal à la volonté du mari à moins que la convention n'ait laissé le choix à la femme. Le mari se libérera valablement, d'après le droit commun en matière d'obligations alternatives, en fournissant l'un des objets dont se compose l'obligation (l. 9, § 1, D. *de fundo dotali*, 23, 5).

Le mari doit Stichus ou le fonds Cornélien et Stichus

(1) In lib. XVI, Digest. *Salvii Juliani*, ad. l. 46, § 1, *de jure dotium*, 23,3.

(2) En ce sens, M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 211. M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 279 et suiv.

vient à mourir sans que le débiteur ait exercé le droit d'option qui lui appartient ; l'objet de la dot se trouve alors déterminé indépendamment de toute option et c'est le fonds qui sera *in dote* (l. 9, § 2, D. *de fundo dotali*, 23, 5).

Sans doute, par la mort fortuite de Stichus, le fonds reste seul *in obligatione*, mais ne faut-il pas dire que la valeur de Stichus est *in facultate solutionis*? Permettra-t-on au mari qui voudrait conserver le fonds de se libérer en fournissant à la femme le prix de Stichus? L'affirmative nous paraît devoir être admise. Cette solution n'est contraire à aucun texte et elle ne blesse aucun intérêt. En effet, dit M. Demangeat, « d'une part » le débiteur ne souffrira pas d'un événement qui ne lui » est pas imputable, et d'autre part le créancier n'est » véritablement point fondé à se plaindre que le débiteur » lui donne le prix de la chose qui a péri, dans un système de législation où l'action personnelle en général » aboutit à faire obtenir non pas la chose due elle-même, » mais seulement la *litis æstimatio* » (1). Tel est l'avis d'Ulpien en matière de legs (l. 47, § 3, D. *de legatis et fideicommissis*, 1°, 30), et rien n'autorise de supposer que cette doctrine ne cesse d'être applicable quand l'obligation est née *ex contractu*. Papinien, argument *a contrario* tiré de la loi (l. 95, § 1, D. *de solutionibus et liberationibus*, 46, 3), reconnaissait également cette *facultas solutionis*, notamment dans l'hypothèse où l'obligation était née d'une stipulation.

Cette opinion, dira-t-on, est contredite par le § 2 de la loi 9, D. *de fundo dotali*, qui exprime formellement que Stichus venant à mourir, le fonds se trouve être dotal (*Sticho mortuo fundum in dotem esse*). Ceci, ajoutera-t-on, démontre bien que le mari ne pourra se libérer de sa dette qu'en fournissant le fonds, car, s'il lui était loi-

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 287.

sible de donner également la valeur de Stichus, il n'y aurait pas de raison pour que la dotalité portât sur le fonds plutôt que sur cette valeur. M. Demangeat répond que « ce raisonnement repose sur une confusion entre » le cas où il y a deux objets *in obligatione* (obligation » alternative) et le cas où, un seul objet étant *in obligatione*, un autre se trouve *in facultate solutionis* » (1). Si, dans notre espèce, le fonds seul devient dotal, c'est que, l'obligation étant alternative, le mari n'est plus débiteur que de ce fonds, mais avec faculté, s'il est de bonne foi, de se libérer en donnant la valeur de l'esclave. Voilà comment la loi 9, § 2 se concilie avec les deux textes d'Ulpien et de Papinien.

198. — Le mari doit, sous l'alternative, le fonds Cornélien ou le fonds Sempronien. La constitution de dot a eu lieu en ces termes : *doti tibi erit quod debes*. Qu'est-ce qui sera dotal ? Il résulte de la combinaison des lois 9, § 3 (Africain) et 10 (Paul) D. *de fundo dotali*, 23, 5 que cela dépendra de l'option expresse ou tacite faite par le mari. Cette option est-elle définitive ? Ces textes reconnaissent au débiteur le droit de changer d'avis et d'imprimer le caractère dotal ou fonds qu'il n'avait d'abord pas voulu faire entrer *in dotem*. Ce sera donc seulement par la restitution effective de la dot que l'on connaîtra celui des deux fonds qui était dotal. Mais le mari peut-il changer d'avis d'une façon illimitée. Oui, s'il a été simplement stipulé qu'il donnerait l'un ou l'autre fonds : « *illud aut illud dari* (l. 138, § 1, D. *de verborum obligationibus*, 45, 1) ». — Au contraire, si la stipulation porte : *Spondes ne dare fundum Cornelianum aut fundum Sempronianum utrum volueris*, le mari qui a désigné l'un des fonds comme dotal, ne peut revenir sur son option ; son droit est épuisé. Si la femme a stipulé *spondes ne dare illum aut illum quem*

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 290.

voles (et non *quem volueris*), le mari sera libre de modifier son choix jusqu'à la *litis contestatio* (l. 112, pr. D. *de verborum obligationibus*, 45, 1) (1). C'est du reste l'application des principes généraux en matière d'obligations alternatives (2).

99. — Examinons à présent le cas où la femme épouse soit le père de son débiteur fils de famille, soit son débiteur fils de famille.

Julien (l. 44, § 1, D. *de jure dotium*, 23,3) suppose qu'une femme, ayant pour débiteur un fils de famille, épouse le père de celui-ci et se constitue une dot en ces termes : « *quod mihi debes, vel quod mihi filius tuus debet doti erunt* : vous aurez en dot ce que vous me devez ou ce que votre fils me doit. » Quel est l'effet de cette *dictio* et à quoi la femme pourra-t-elle prétendre lors de la dissolution du mariage ? Julien dont l'opinion est suivie et développée par Marcellus dans cette loi 44, § 1 est d'avis que par cette *dictio* la femme ne contracte pas une obligatio (*non obligatur*) et que sa déclaration a pour résultat de constituer en dot ce qu'elle pouvait obtenir de son mari par l'action *de peculio*.

Les termes employés par la femme *quod mihi debes vel quod mihi filius tuus debet doti erunt* impliquent-ils une *dictio* alternative ?

Cujas observe que cette *dictio* est alternative, mais seulement en apparence. La femme, dit-il, ne peut faire

(1) En ce qui concerne les legs, il semble que l'héritier grevé d'un legs alternatif ne peut *jamais* revenir sur son choix (l. 84, § 9 D. *de legatis*, 1^{er}, 30).

(2) A cette question se rattache la solution de la difficulté suivante : le mari a d'abord vendu le fonds Cornélien et montré implicitement par là qu'il voulait rendre dotal le fonds Sempronien ; lui permettra-t-on, maintenant, d'aliéner le fonds Sempronien avant d'avoir racheté le fonds Cornélien ? Paul, dans la loi 10 *de fundo dotali*, se contente de poser les termes de l'hypothèse ; il ne donne pas de décision. Ce qui toutefois est certain, c'est que l'aliénation du fonds Sempronien sera validée *ex post facto* si le mari a racheté plus tard le fonds Cornélien.

que la dot se compose du montant intégral de la dette du fils, puisqu'elle est dans l'impossibilité de fournir au père le moyen de l'exiger. Par suite, la constitution de dot ne comprend forcément que ce que le père peut trouver dans le pécule. Cette explication de Cujas est corroborée par les *Basiliques* et leurs *Scholies* (1).

Tout en reconnaissant que le pluriel *erunt*, en paraissant indiquer que les deux membres de phrases *quod debes*, *quod debet*, appartiennent à la même formule, donne quelque force à l'opinion de Cujas, M. Pellat estime que la loi 44, § 1 *de jure dotium* contient, non pas une *dictio* sous une alternative, mais deux exemples de *dictio*. D'abord, quand les jurisconsultes veulent indiquer une alternative, ils emploient le mot *aut* (2) et non la conjonction *vel* comme dans notre texte. Ensuite, Javolenus dans la loi 57, D. *de jure dotium*, 23, 3, déclare que la femme peut, par une *dictio* faite au père, se constituer en dot le montant *intégral* de l'obligation du fils ; « que non seulement elle le peut, mais que, en s'exprimant ainsi *quod filius tuus mihi debet id doti tibi erit*, elle est même censée avoir en vue plutôt le montant de l'obligation du fils que celui de l'action *de peculio* ou *de in rem verso* dont est tenu le père. — Il est vrai que dans cette loi 57 c'est le fils qu'elle va épouser ; mais c'est au père qu'elle fait la diction (3) ». Nous concluons donc, en disant avec M. Pellat, que la loi 44, § 1 contient non une *dictio* alternative « mais deux formules différentes » de diction, dont l'une, *quod mihi debes*, n'offre pas de » difficulté, tandis que l'autre, *quod filius tuus mihi debet*, est susceptible de deux sens : Julius et Marcellus » auraient adopté le plus restreint, Javolenus le plus » étendu (4) ».

(1) *Basiliques* 29-1, 40, *Schol.* y, 3. 41, schol a, 1.

(2) Comme dans la loi 46, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3.

(3) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 201.

(4) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 201.

100. — Si la femme s'est obligée à laisser chez son mari, à titre de dot, ce qu'elle pouvait obtenir de lui par l'action *de peculio*, à quel moment faudra-t-il se placer pour déterminer la valeur du pécule ? Julien, dans notre loi 44, § 1, répond : l'estimation devra être reportée au temps du mariage si la *dictio* a été faite avant cette époque, et, si la *dictio* a eu lieu pendant le mariage, la consistance du pécule sera établie au temps où la dot a été constituée. L'accroissement du pécule survenu entre la *dictio* et l'union des époux serait par conséquent compris lui-même dans la dot. L'augmentation du pécule, postérieure au mariage serait simplement paraphernale et c'est par l'action de sa créance primitive que la femme obtiendrait cet accroissement.

101. — La loi 45 pr. D. *de jure dotium*, 23, 3, se plaçant dans l'hypothèse où la femme épouse non plus le père de son débiteur fils de famille, mais son débiteur lui-même le fils de famille, dit que si la femme a promis en dot seulement l'action *de peculio* on se référera *au temps du mariage* pour déterminer le montant de la créance. Ici, sans aucun doute, la dot comprend uniquement l'action relative au pécule.

102. — Une observation doit être présentée en cet endroit. D'après les lois 44, § 1 et 45 pr. D. *de jure dotium*, 23, 3, quand la femme, sur le point d'épouser le père de son débiteur ou son débiteur lui-même fils de famille, se constitue en dot jusqu'à concurrence du pécule sa créance, on se place *au moment du mariage* pour apprécier la valeur du pécule. Au contraire, par application de la loi 45, § 1, D. *h. t.* (1), quand la femme, devant épouser un autre que le fils de famille ou le père de celui-ci, se constitue la même créance en dot jusqu'à concurrence du pécule, on examine la consistance du pécule au temps même où *la promesse* a été faite et non au temps

(1) Conf. *suprà* n° 88.

du mariage. Cette différence entre ces décisions a-t-elle sa raison d'être ? M. Pellat pense que l'on ne peut la justifier d'une façon satisfaisante ; « car l'obligation, comme la remise d'obligation pour cause de dot, est, sauf convention contraire, subordonnée à la condition du mariage » (1).

103. — La femme qui va épouser son débiteur fils de famille adresse au père de ce dernier une *dictio* ainsi conçue : « ma dot se composera de ce que votre fils me doit ». Que comprend la dot ainsi constituée ?

Suivant Javolenus il y a lieu d'établir une distinction basée sur l'intention de la femme.

A-t-elle voulu se constituer en dot l'obligation du fils ? toute la somme à laquelle le fils est obligé est contenue dans la *dictio*.

A-t-elle voulu se constituer ce que le père doit fournir dans les limites, soit du pécule, soit du profit qu'il a retiré ? la dot comprendra non pas la totalité de la somme due par le fils, mais seulement la portion de cette somme qui a tourné au profit du père et en outre ce qui peut être retiré du pécule. C'est en effet tout ce que la femme eût pu obtenir si elle eût poursuivi le recouvrement de sa créance au lieu de l'apporter en mariage.

La consistance du pécule, ajoute Javolenus, sera établie au temps de la *dictio*, ce qui, dans notre espèce, implique que la dot a été promise à l'instant même où le mariage allait être célébré. Car, si la *dictio* eût été faite avant le mariage, Javolenus aurait, conformément aux lois 44, § 1 et 45 pr. D. *de jure dotium* (2), reporté l'estimation du pécule au temps du mariage. Cette supposition est autorisée par les *Basiliques* (3).

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 203.

(2) Voir *suprà*, n° 102.

(3) *Basiliques*, 29, 53. *Schol.* s, 2 (t. III, p. 394).

Au cas où l'on ne reconnaîtrait pas clairement ce que la femme a voulu se constituer en dot, la présomption la plus vraisemblable serait qu'elle a eu en vue l'obligation du fils plutôt que celle du père (1).

Le mari aura donc à restituer ce qui sera censé être compris dans la dot.

§ 2. — *Fruits, intérêts et autres accessoires.*

104. — A défaut d'estimation, tous les produits de la chose et les acquisitions dont elle est l'occasion pour le mari doivent être restitués à l'exception des fruits proprement dits.

I. — FRUITS ET INTÉRÊTS.

105. — Par fruits, on entend les produits qu'une chose rapporte périodiquement, d'après sa destination naturelle ou convenue.

Parmi les biens constitués en dot, il y en a qui donnent de véritables fruits, mais il en existe également d'autres qui, n'étant pas susceptibles de produire par eux-mêmes des fruits au sens propre du mot, n'ont de valeur que par les avantages que procurent leur usage et leur location.

106. — Ont le caractère de fruits naturels les récoltes des champs, prés, vignes et jardins, le lait, le fumier etc. Il en est de même du croît des animaux : le mari gardera tous les petits, si les animaux apportés en mariage ont été considérés individuellement, mais s'ils forment un troupeau, le croît servira d'abord à remplacer les têtes mortes et l'excédant seul sera fruit (l. 10, § 3, D. *de jure dotium*, 23, 3).

Doivent être également rangés parmi les fruits natu-

(1) Ce passage de la loi 57 semble appartenir à Tribonien.

rels les produits des arbres tels que le gland, les feuilles, les pommes, les noix. Quant aux arbres eux-mêmes, ils sont traités comme des fruits quand ils font partie d'une pépinière ou d'un bois tailli (*silva cædua*). Par suite, le mari sera comptable lors de la dissolution du mariage, des arbres arrachés, même du consentement de la femme, pour être remplacés par de nouveaux (l. 8, D. *de fundo dotali*, 23, 5). Ulpien (l. 7, § 12, D. *soluto matrimonio*, 24, 3) dit que le mari est tenu de restituer ces produits comme il rendrait la moitié du trésor trouvé sur le fonds d'autrui.

107. — La question de savoir si les produits des carrières et des mines constituent des fruits fait l'objet d'une vive controverse.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que, si la carrière ou la mine était déjà ouverte lors de la constitution de dot, le mari aurait certainement droit aux résultats de l'exploitation. Paul le déclare formellement en ce qui concerne les carrières (l. 8, D. *soluto matrimonio*, 24, 3).

Mais la difficulté commence quand il s'agit de déterminer les droits du mari sur les produits des mines et carrières *ouvertes* par lui sur le fonds dotal.

Et tout d'abord, le mari a-t-il le pouvoir d'ouvrir lui-même une carrière ou une mine? Ulpien (l. 13, § 5, D. *de usufructu et quemadmodum quis utatur*, 7, 1), s'occupant de la situation de l'usufruitier, dit qu'à son sens il peut ouvrir des carrières et des mines, pourvu qu'il ne sacrifie pas la partie du fonds nécessaire à cette entreprise et ne nuise en rien à la culture du terrain. En définitive, le nu-propriétaire n'aura rien à réclamer à l'usufruitier si le rendement du fonds n'a pas été diminué par l'ouverture de ces exploitations. Or, le mari, ayant à l'égard de la jouissance des biens dotaux de sa femme un droit moins limité que celui de l'usufruitier ordi-

naire, puisqu'il peut changer à son gré la destination de la chose, aura le droit, comme cet usufruitier, d'ouvrir des mines et carrières dans le fonds dotal. Il ne sera responsable envers sa femme que de la moins-value que ses travaux auraient entraînée pour le fonds.

Les produits des mines et carrières ainsi ouvertes par le mari constitueront-ils des fruits ?

Pothier(1) dit que les produits de ces mines ne peuvent jamais être regardés comme des fruits. Quant aux produits des carrières, le même jurisconsulte ne les considère comme fruits que dans le cas où la pierre et le marbre qui en sont tirés sont susceptibles de se reproduire (2).

Ces deux propositions de Pothier ne sont pas fondées.

En premier lieu, les produits des mines ouvertes pendant le mariage sont des fruits. Ulpien le dit expressément dans la loi 7, § 14, D. *soluto matrimonio*, 24, 3 : « *sed si cretifodinæ, argenti fodinæ, vel auri vel cujus alterius materiæ sint, vel arenæ, utique in fructu habebuntur.* » Pothier entend ce texte d'une autre manière ; il enseigne que cette loi se réfère à l'hypothèse où la mine était déjà ouverte lors du mariage. Mais cette interprétation est condamnée par le rapprochement de ce texte avec celui qui le précède immédiatement. Il résulte de cette comparaison qu'Ulpien a eu en vue dans le § 14 comme dans le § 13 de la loi 7 le cas où l'ouverture a eu lieu durant le mariage.

En second lieu, l'examen de la loi 18 pr. D. *de fundo dotali* et de la loi 7, § 13, D. *soluto matrimonio* conduit à rejeter l'opinion de Pothier, d'après laquelle les produits des carrières ne constitueraient des fruits que s'il s'agissait de carrières *in quibus lapis crescere possit*.

(1) *Pandectæ Justinianæ*, lib. 24, t. 3, n° 46, note E.

(2) Pothier, *op. cit.*, lib. 24, t. 3, n° 45, note D.— Sur la reconstitution des carrières, voir Buffon, *Édition de Lacépède* (1818), t. III, p. 61.

Voici d'abord la loi 18 pr. D. *de fundo dotali*. Javolenus suppose les faits suivants : un mari a ouvert des carrières de marbre dans le fonds dotal ; des blocs ont été extraits mais n'ont pas encore été enlevés, puis le divorce est survenu. A qui appartiennent ces blocs et à qui incombent les dépenses d'établissement de la carrière ? Javolenus rapporte, sans la contredire, la réponse de Labéon à la première question : les blocs de marbre appartiennent au mari et non à la femme. C'est donc qu'en principe ces jurisconsultes ne regardent pas comme des portions de la chose dotale les produits d'une carrière même ouverte par le mari. Il est à remarquer que le texte ne s'occupe pas de savoir, pour la solution de ce premier point, si le marbre renaît ou non dans la carrière.

Mais Labéon et Javolenus diffèrent d'avis sur la seconde question, lorsqu'ils recherchent à qui incombent les dépenses faites pour mettre la carrière en exploitation. Labéon décide que la femme n'a rien à rembourser au mari, parce qu'il ne s'agit pas ici de dépenses nécessaires et que, d'autre part, le fonds a été dégradé par l'extraction du marbre. Javolenus rejette cette solution en réfutant les arguments invoqués par Labéon. Si l'ouverture de la carrière n'est pas une dépense nécessaire, elle peut, soutient-il très justement, former une dépense utile ; or, pour que la femme soit tenue de rembourser les impenses, il n'est pas indispensable que ces impenses soient nécessaires, il suffit qu'elles présentent une utilité. Maintenant, refusera-t-on au mari le droit de se faire rembourser ses impenses, sous prétexte que l'établissement de la carrière a détérioré le fonds ? Javolenus répond négativement, parce qu'il peut arriver en fait que le fonds ait été de la sorte enrichi au lieu d'être appauvri ; c'est ce qui se présente par exemple quand le marbre se reproduit dans la carrière ainsi ouverte.

La loi 7, § 13, D. *solutio matrimonio*, 24, 3, qui a donné

lieu à de grandes controverses, n'est pas selon nous contraire au système qui vient d'être exposé. Ulpien y examine les deux questions qui font l'objet de la loi 18 pr. *de fundo dotali*, et il le fait dans des termes presque identiques. Ceci permet de croire, ainsi que l'observe M. Demangeat (1), qu'en cette matière Ulpien partageait l'avis de Javolenus. Voici la traduction de ce § 13 de la loi 7 : « Si le mari a trouvé dans le fonds dotal des carrières de marbre et a rendu de la sorte le fonds plus productif, le marbre extrait mais non encore emporté lui appartient. Quant à la dépense, elle ne doit pas lui être payée parce que le marbre ne constitue pas un revenu, à moins qu'il ne s'agisse d'une de ces carrières où le marbre renaît comme il y en a en Gaule et en Asie ». Cette loi paraît au premier abord contenir une contradiction : elle commence par dire que l'exploitation de la carrière a augmenté le revenu du fonds, puis elle ajoute que le marbre extrait et non encore emporté doit être attribué au mari et néanmoins elle décide que le marbre n'est pas un fruit (*quia nec in fructu est marmor*) !

L'on a cherché à faire disparaître cette prétendue antinomie, en proposant de corriger le texte lui-même. C'est ainsi qu'Antoine Fabre et après lui Pothier (2), au lieu de « *est mariti et impensa non est ei præstanda* », lisent : « *non est mariti et impensa est ei præstanda*. » Cette modification est repoussée en ces termes par M. Demangeat : « Indépendamment de ce que cette addition en elle-même a d'arbitraire, Ulpien serait ainsi en désaccord avec Labéon et Javolenus : car ceux-ci, dans notre loi 18 pr., attribuent sans difficulté et d'une manière absolue les blocs de marbre au mari » (3).

D'après Cujas, il faudrait admettre la leçon suivante :

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 398.

(2) Pothier, *Pandectæ justinianæ*, T. *solutio matrimonio*, n° 45, note C.

(3) M. Demangeat, *De fundo dotali*, eod. loc.

« *nec fundum fructuosiore fecerit* ». Mais alors, si cela était exact, ne pourrait-on pas dire que le mari a droit au marbre extrait parce qu'il n'a pas rendu le fonds *fructuosior* ? Ce serait contradictoire. Aussi cette seule considération suffit pour écarter la rectification proposée.

Nous pensons donc que le texte de notre loi 18 pr. doit être conservé tel qu'il nous est parvenu. Mais alors comment résoudre les difficultés qui proviennent de la phrase : *quia in fructu non est* ? Nous croyons que le problème a été résolu par Diursema dont l'opinion se trouve ainsi relatée par Pothier (1) : « *Diursema censet lectionem retinendam, putatque marmor tanquam fructum semper viro acquiri sive renascatur, sive non ; impensam autem non esse ei a muliere præstandam, quia nec in fructu est marmor, id est (ut putat), quia non pergit esse in fructu, quia quum illud vir fere exharserit, nullum inde fructum post divortium mulier latura est ; refundere autem impensas mulier deberet si plurimum marmor superesset extrahendum* ». Ainsi le mari a toujours droit aux produits des carrières qu'il a ouvertes dans le fonds dotal, peu importe que la pierre s'y reproduise ou non. Quand aux impenses, elles ne doivent pas lui être remboursées parce que le marbre n'est pas un revenu durable, *quia nec in fructu est marmor*. Mais si le mari avait créé une source de revenus durable, si par exemple il s'agissait de carrières où la pierre se reproduit, ou encore de carrières où l'exploitation peut durer longtemps après la dissolution du mariage, la femme devrait tenir compte des frais d'établissement.

Entendue de cette manière la loi 7, § 13, *de soluto matrimonio* se concilie avec la loi 18 pr. *de fundo dotali* et il n'existe aucune divergence de vue entre Javolenus et Ulpien.

On objecte, contre cette solution, la loi 32, D. *de jure*

(1) Pothier, *Pandectæ justinianæ*, T. *soluto matrimonio*, n° 55, note C.

dotium, 23, 3, ainsi conçue : « Si le mari vend, du consentement de sa femme, *des pierres tirées des carrières du fonds dotal*, ou des arbres qui ne soient point considérés comme fruits, ou bien la superficie d'un édifice dotal, l'argent provenant de cette vente est dotal ». Pomponius, dit-on, indique nettement que les pierres tirées des carrières du fond dotal ne doivent pas toujours être considérées comme fruits ; ceci vient donc à l'appui de la distinction proposée par Pothier pour savoir quand les produits des carrières constituent ou non un revenu. Nous répondrons avec M. Demangeat « que la loi 32, D. *de jure dotium*, se rapporte soit à des *lapides* qui avaient déjà été extraits de la carrière au moment où le fonds est devenu dotal, soit à des *lapides* extraits pendant le mariage, mais qui, d'après la volonté exprimée par la femme, doivent être *in dote* comme le fonds d'où ils proviennent » (1).

Enfin l'opinion de Pothier prête à une double critique. D'abord, elle n'explique pas pourquoi les textes relatifs à l'usufruitier ordinaire, qui a cependant le droit d'ouvrir des mines et des carrières, ne distinguent pas, comme pour le mari, entre les carrières dans lesquelles le marbre peut se reproduire et celles où il ne renaît pas (l. 13, § 5, *de usufructu et quemadmodum quis utatur*, 7, 1). Avec notre système cette circonstance se justifie sans difficulté : l'usufruitier, d'une manière générale, n'a pas le droit de se faire indemniser de ses dépenses par le nu propriétaire ; au contraire le mari a droit à une indemnité quand il a ouvert une carrière *in qua lapis crescere potest*. La distinction dont s'agit n'avait donc d'utilité qu'à l'égard du mari. En second lieu Pothier ne tient pas compte de ce que les §§ 13 et 14 de la loi 7, D. *solutio matrimonio* sont d'Ulpien qui est en même temps

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 400. Conf. M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 137.

l'auteur de la loi 13, § 5, *de usufructu et quemadmodum quis utatur*, 7, 1, dans laquelle l'usufruitier ordinaire est autorisé à ouvrir lui-même des mines et carrières à la condition de ne nuire en rien au rendement de la surface. On ne voit pas ce qui autorise à penser qu'Ulpien ait considéré les produits des mines et carrières d'une manière différente, selon qu'il s'agirait du mari ou de l'usufruitier.

108. — Au lieu d'user et de jouir en nature, le mari peut affermer le fonds. Le prix du loyer est alors la représentation des fruits du bien donné en location et doit par conséquent suivre les règles que nous exposerons pour les fruits proprement dits (l. 58, pr. D. *de usufructu*).

109. — Par extension on donne le nom de fruits civils aux revenus et avantages perçus à l'occasion des choses non frugifères de leur nature. C'est ainsi que le mari a le droit de louer les maisons dotales, de faire travailler à son profit les esclaves dotaux ou de les mettre moyennant redevance au service d'un tiers (l. 7, § 11, *solutio matrimonio*, 24, 3). Les intérêts des créances lui appartiennent également : *usurae vicem fructuum obtinent* (l. 34, D. *de usuris*, 22, 1).

110. — Tout propriétaire qu'il est des choses dotales, le mari se trouve en définitive dans une situation assez semblable à celle de l'usufruitier. Néanmoins il est traité autrement que lui à trois points de vue différents :

1° Il gagne les fruits par leur seule séparation puisqu'il est propriétaire de la chose.

2° Tous les fruits de la dot sont considérés comme civils quand bien même il s'agirait de fruits naturels comme les moissons, le vin, les coupes de bois, taillis. Il arrivera donc souvent que le mari ne gardera pas tous les fruits perçus pendant le mariage et qu'en sens inverse il aura droit à des fruits qu'il n'aura pas recueillis.

Il en est autrement en matière d'usufruit (l. 59, § 1, D. *de usufructu et quemadmodum quis utatur*, 7, 1). L'usufruitier ordinaire conserve tous les fruits qu'il a perçus et ne peut prétendre à ceux qu'il laisserait sur pied lors de la cessation de son droit.

3° L'usufruitier ordinaire n'est pas tenu de payer les frais de la récolte pendant au moment de l'ouverture de l'usufruit et d'un autre côté aucune indemnité ne lui est due pour les frais de la récolte qu'il ne recueille pas. Pour le mari au contraire les fruits ne s'entendent que déduction faite des impenses.

111. — A partir de quel moment les fruits appartiennent-ils au mari ? C'est à compter de l'instant où le bien soit mobilier, soit immobilier, d'où ils proviennent, est devenu dotal. Pour qu'il en soit de la sorte, il faut : 1° que le mariage ait été contracté ; 2° et que le mari ait été mis en possession.

Si la tradition avait eu lieu avant le mariage ou au moment même du mariage, le point de départ du droit de jouissance serait le jour du mariage lui-même. Les fruits produits par le fonds depuis la tradition jusqu'au mariage seraient ajoutés au capital dotal pour être restitués en même temps que lui (l. 7, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3. — L. 38, § 12, D. *de usuris*, 22, 1). En effet le mari ne supportant pas encore les charges du mariage est sans droit sur ces fruits (1).

Au cas où le fonds constitué en dot lors du mariage n'est livré au mari que postérieurement, celui-ci acquiert les fruits à compter de la tradition seulement. C'est ce qui résulte de la loi 5, D. *solutio matrimonii*, 24, 3 : « *et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutæ neque nuptiarum observabitur : sed quo primum dotale prædium constitutum est, id est, traditâ possessione* ».

(1) Conf. L. 6, l. 7, § 4, D. *solutio matrimonii*, 24, 3.

En supposant la livraison tardive de la dot constituée par *dictio*, *promissio* ou, à partir des empereurs Théodose et Valentinien (l. 6, C. 5, 14), au moyen d'un pacte, le mari ne pourra réclamer les fruits et intérêts à compter de la célébration du mariage que s'il a eu la précaution de se les faire promettre. A défaut de cette promesse, il n'a pas non plus, d'une manière toujours efficace, la ressource de devenir, par un acte de poursuite, créancier des fruits et intérêts en retard. En effet, si la dot a été constituée par *dictio* ou *promissio*, la promesse de dot n'engendrant qu'une action *stricti juris*, les intérêts ne courront ni à partir de la *morâ*, ni à partir de la *litis contestatio*; seuls les fruits provenant *ex re* pourront être réclamés accessoirement, et encore ne seront-ils dus qu'à dater de la *litis contestatio*. Mais la situation du mari fut mieux sauvegardée quand le pacte de constitution de dot devint obligatoire; l'action *præscriptis verbis* née du pacte étant de bonne foi, les fruits et les intérêts étaient alors dus *ex morâ* (1).

112. — La veille de se marier, la femme a perçu la récolte du champ constitué en dot, ou bien c'est le mari qui, le lendemain du mariage, a recueilli cette récolte : dans les deux cas il y aura évidemment compte à établir relativement à la portion des fruits afférente soit au temps postérieur, soit au temps antérieur au mariage. Mais, c'est seulement à la dissolution de l'union des époux que le règlement aura lieu parce que le partage des fruits n'est ordonné qu'à cette époque.

113. — Reste à savoir d'après quelles règles les fruits et revenus de la dot doivent être répartis.

Il n'y a pas de difficulté quand la chose dotale ne donne pas de produits naturels, comme une maison, une créance. Les loyers de cette maison, les intérêts de cette créance, appelés par extension fruits civils, se

(1) Conf. M. Vernet, *Obligations*, p. 27 et suiv.

rappellent nécessairement à une époque déterminée et sont acquis au mari jour par jour à l'instar d'un usufruitier. Lorsque le mari use lui-même de la maison, il ne peut alors être question de fruits ou « si l'on aime mieux l'on considère comme fruits tous les avantages qu'il retire de l'usage » (1).

114. — Ce n'est donc que pour les fruits proprement dits que la question de répartition se pose réellement.

Les fruits naturels appartiennent à toute la période de temps nécessaire à leur production : « *Fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem habere debemus* » (l. 7, § 9, D. *solutio matrimonii*, 24, 3).

Supposons un champ rapportant une récolte annuelle et un mariage qui a duré dix-huit mois. Le mari, s'il n'a fait qu'une seule récolte, a droit à la moitié de celle qui est sur pied à la dissolution de l'union conjugale ; en sens inverse, s'il a fait deux récoltes, il doit rendre moitié de la dernière. Il arrive donc qu'il est tenu de restituer des fruits déjà perçus et qu'il peut prétendre à des fruits qu'il n'a pas recueillis. Ainsi on lui attribuera autant de récoltes entières qu'il s'est écoulé d'années complètes et en outre une fraction de la récolte de la dernière année au prorata du temps couru.

Le partage des fruits et revenus de la dernière année se fera proportionnellement à la durée du mariage pendant cette période, en prenant pour point de départ du calcul le jour correspondant à la célébration du mariage ou à la tradition du fonds dotal, si cette tradition n'a été opérée que postérieurement au mariage.

Mais il peut arriver que le bien dotal donne deux récoltes annuelles ou au contraire ne rapporte qu'au bout de plusieurs années. L'on suivra la même règle pour l'attribution des fruits. Ainsi, dans l'hypothèse où le mariage aura duré six mois, l'on accordera au mari

(1) M. Accarias, *op. cit.*, I, n° 275.

la totalité d'une récolte semestrielle, le quart d'une récolte bisannuelle, le dixième d'une récolte quinquennale.

115. — Cependant une complication est possible lorsque le fonds, qui n'était pas loué au moment du mariage, se trouve affermé à l'époque de la dissolution. Les §§ 1 et 2 de la loi 7, D. *soluto matrimonio*, 24, 3 règlent dans ce cas la répartition des fruits entre les époux. Deux hypothèses sont à considérer.

116. — 1^{re} *Hypothèse* (§ 1 de la loi 7). — La femme s'est mariée aux calendes d'octobre un peu avant la vendange ; le mari après avoir fait la récolte a affermé la vigne à partir des calendes de novembre, un mois après le mariage ; puis le divorce est survenu le dernier jour de janvier, trois mois après le bail, le mariage ayant ainsi duré en tout quatre mois. Comment répartira-t-on la vendange et le prix du bail ?

Cette question est résolue dans notre paragraphe 1 de la loi 7 par Ulpien suivant en cela l'opinion de Papinien. Mais, ce passage est conçu en termes si obscurs qu'une longue controverse s'est engagée sur son interprétation, sans qu'il soit possible d'en prévoir la fin, s'il est vrai, comme le dit M. Accarias, que cette loi « contient certainement une inexactitude de calcul qui du reste n'inflirme en rien le principe » (1).

Quoi qu'il en soit, essayons d'expliquer ce texte.

Après avoir exprimé qu'il serait injuste que le mari gardât toute la vendange et le quart de la location, car autrement il devrait être autorisé à prendre la totalité des fruits si le mariage se dissolvait le lendemain de la vendange, Ulpien ajoute : « *itaque si fine mensis januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus et quarta portio merce-*

(1) M. Accarias, *op. cit.*, I, p. 778, note 2.

dis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur ».

C'est à fixer le sens exact de cette phrase que les interprètes du Droit romain ont consacré leurs efforts. De nombreux systèmes ont été proposés.

Au point de vue rationnel, et en faisant pour un instant abstraction du texte, nous pensons que, le mariage ayant duré un mois avant la récolte et trois mois depuis le bail, l'on devra donner au mari un douzième de la vendange et un quart du loyer (*merces*). En effet, les quatre mois du mariage se rapportent à deux récoltes de valeur et nature différentes mais dont il faut tenir également compte pour déterminer les droits du mari. Donc, si la vendange vaut 24 et la *merces* 12, on lui donnera 2 dans la récolte et 3 dans le loyer, soit au total 5.

Tel est l'avis de Duaren (1) et de Doneau (2). Ces jurisconsultes pensent que cette règle se dégage du paragraphe 1 de la loi 7 même. Pour eux, *confundere vindemiæ fructus et quartam portionem mercedis* signifie TENIR COMPTE à la fois des fruits et du quart de la *merces* et la répartition qu'ils adoptent est encore conforme aux indications du texte qui veut que le partage des fruits ait lieu *non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit*.

L'on peut reprocher à ce système de faire violence au texte qui, d'un côté, dit *confundere fructus* et non *confundere duodecimam partem fructuum*, et, d'un autre côté semble bien indiquer que le calcul doit être fait sur une masse totale (*ut ex ea pecunia*) et non sur deux masses séparées.

(1) Duaren, *Commentaire sur le Digeste* au titre *Soluto matrimonio*, loi 7, p. 346 et suiv. — En ce sens également M. Maynz, *Cours de droit romain*, 4^e édition, p. 49, note 21.

(2) Doneau, *Œuvres*, 3, 1091.

Aussi, tout en croyant, comme Duaren et Doneau, que le mari a droit au total à 5, nous sommes tenté d'admettre que le paragraphe 1 de la loi 7 vise une question d'imputation plutôt encore qu'une question de liquidation. Le mari, d'après les faits proposés, pourra prétendre à 5, mais il les prendra d'abord sur la vendange et subsidiairement, s'il y a lieu, sur la *merces*. Autrement dit les fruits feront ici, jusqu'à due concurrence, fonction de la *merces* (1). Le mot *confundere* indique donc que les fruits et le quart de la *merces* doivent être CONFONDUS (2) et l'expression *ex ea pecunia* (3) se réfère également à la vendange et à la *merces*.

Cette interprétation nous paraît confirmée par le paragraphe 3 de cette même loi 7: « *Item si messes ejus anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilominus pecunia messium in computationem cum spe futuræ vindemiæ veniet* ». Il faut supposer un mariage célébré aux calendes de février et dissous par exemple le 1^{er} septembre, ayant duré 7 mois; une moisson faite dans le courant de juillet (dans le 6^e mois du mariage) et représentée par un loyer; et enfin une récolte de vin encore pendante lors de la dissolution. Le mari a droit en chiffres ronds à 6 douzièmes du loyer et à 7 douzièmes de la vendange. Mais, en vertu du paragraphe 3 de la loi 7, il conservera toute la *merces*: il en gardera définitivement 6 douzièmes à raison du temps compris entre février et juillet et il imputera le surplus sur les 7 douzièmes qui lui reviennent dans la vendange. Le règlement final se fera lors de la récolte. Or, et c'est

(1) Le germe de cette théorie se trouve dans le commentaire d'Hilliger sur Doneau, *Œuvres* de Doneau, 3, 1091.

(2) Nous trouvons le mot *confundere* pris dans cette acception à la loi 26, § 4, *D. de condictione indebiti*, 12, 6.

(3) Le mot *pecunia* a un sens très large ainsi que le prouve la loi 122, *D. de verborem significatione*, 50, 16.

à quoi nous voulions arriver, est-ce que la phrase *pecunia messium in computationem cum spe futuræ vindemiæ veniet* ne pourrait pas être remplacée par celle-ci : *pecunia messium et spes futuræ vindemiæ CONFUNDI debebunt*, en prenant les expressions mêmes dont s'est servi Ulpien dans le paragraphe 1 ? Nous croyons donc que ce paragraphe 3 nous indique le véritable sens du paragraphe 1.

Les autres systèmes, proposés pour l'explication de la décision contenue dans le paragraphe 1 de la loi 7, ou bien, sont en contradiction avec le texte lui-même, ou bien, ne s'inspirent pas du principe de justice et d'équité en vertu duquel la jouissance du mari doit être exactement mesurée aux charges du mariage. C'est ainsi qu'Alciat (1) ne donne au mari que des droits sur la *merces* ; il lui en accorde 4 douzièmes en l'obligeant à imputer un de ces douzièmes sur la vendange. — Mais n'est-ce pas fixer arbitrairement la part du mari dans la première récolte d'après la valeur de la *merces* ? — Dans la doctrine de Paul de Castro et de Cujas (2), le mari a droit pour 4 mois de mariage et au tiers de la vendange et au tiers de la *merces*, ce qui est d'une injustice évidente.

117. — 2^e Hypothèse (§ 2 de la loi 7). — La femme, après les vendanges faites, a donné la vigne en dot à son mari ; celui-ci a loué le fonds aux calendes de mars et le divorce a eu lieu aux calendes d'avril, un mois après le bail. Comment se régleront les droits des époux ? Ulpien nous dit que le mari retiendra non pas le douzième du fermage, mais une part proportionnelle à toute la durée du mariage : « *non solum partem duodecimam mercedis sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebi-*

(1) Alciat, *Paradoxorum*, liv. 3, cap. 1.

(2) Cujas, ad libr. XI *Quæst. Papin. ad legem, 7 Solutio matrimonio*,
7

tur, portionem retinebit ». Et ceci est conforme au principe, d'après lequel les fruits doivent être répartis proportionnellement à la durée des charges.

118. — Ce sera au moyen de l'action *rei uxoriæ* que la femme se fera tenir compte de l'excédant des fruits à restituer par le mari ; elle agira par cette action, quand bien même le fonds lui aurait déjà été rendu, parce que cet excédant fait partie de la dot (l. 31, § 4, D. *soluto matrimonio*, 24, 3).

119. — Ainsi, le mari doit tenir compte des fruits par lui perçus après la dissolution du mariage. Mais ne faudrait-il pas aller plus loin et faire produire, de plein droit, depuis le moment où elle est exigible, des intérêts à la dot restituable en argent ou en quantités ? Sans doute, cette décision serait équitable, parce que le mari profite des capitaux dotaux jusqu'à leur remise effective ; mais, le législateur romain ne l'a pas consacrée. Les intérêts de la dot ne seront donc dus que d'après les règles ordinaires. Rappelons seulement que, si une mise en demeure suffisait pour les faire courir, quand la dot était réclamée par l'action *rei uxoriæ* ou l'action *præscriptis verbis*, les intérêts n'étaient pas dus, même à compter de la *litis contestatio*, lorsque la femme agissait par l'action de droit strict *ex stipulatu*.

120. — Papinien (l. 42, § 2, D. *soluto matrimonio*, 24, 3) suppose qu'un père de famille a promis en dot une somme d'argent à sa fille, avec intérêts jusqu'à parfait paiement. Celle-ci meurt *in matrimonio*, avant que le père se soit entièrement libéré, et ce dernier réclame les intérêts de la fraction versée. Le jurisconsulte autorise le gendre à compenser ces intérêts avec ceux dont le père est lui-même débiteur à raison de la portion restant due sur la dot. Toutefois, il n'admet cette compensation qu'autant que le mari a subvenu de ses propres ressources à l'entretien de la femme et il la repousse

dans le cas où c'est le père qui a supporté cette charge.

121. — Nous avons déjà vu qu'à la différence de ce qui a lieu en matière d'usufruit, l'on fait, pour le partage des fruits de la dot, état des dépenses des frais de culture avancés tant par la femme que par le mari. Le partage porte sur la masse nette des fruits.

Si le mariage dure moins d'une année, il peut arriver que la femme et le mari aient fait des dépenses pour la même récolte. Chacun d'eux prélèvera sur la récolte le montant de ses avances et le surplus se répartira entre eux (l. 7, pr. D. *soluto matrimonio*, 24, 3). Dans le cas où le mariage a duré plusieurs années, il y aura compte à faire pour la première et la dernière année. Tout ceci ne présente pas de difficulté.

Il y a toutefois une question qui a donné lieu à une divergence d'opinion. On s'est demandé, dans l'hypothèse où le mariage a duré plusieurs années, sur quelle récolte devra se rembourser la femme qui a fait des avances pour la culture des fruits pendant au moment de la constitution de dot. Ulpien dit à ce propos, à la fin du *principium* de la loi 7, « *ita, et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, quum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est primi anni computari temporis quod sit ante datum prædium* ».

Pothier (1) interprète le texte de la manière suivante : il est nécessaire de tenir compte des dépenses faites par la femme pour les fruits de la première année, mais la femme prélèvera ces dépenses sur les fruits de la dernière année considérés comme étant la représentation des fruits de la première consommés par le mari. Et Pothier ajoute : « *ita glossa* », indiquant par là qu'il donnait une explication admise couramment.

Nous pensons néanmoins que le remboursement à la femme de ses impenses antérieures au mariage ne doit

(1) Pothier, *Pandectæ justinianæ*, T. *soluto matrimonio*, 41, note G.

pas être opéré d'après cette méthode. L'équité veut en effet que chacun des époux contribue aux frais de la récolte dans la proportion de la part qu'il y prend.

Supposons, par exemple, que la femme ait entièrement avancé les frais de culture de la première récolte et que le mari, n'ayant rien déboursé, recueille pendant le mariage toute cette récolte ; il est clair que c'est à lui que doit incomber la totalité de ces dépenses. Toutefois, ce n'est qu'à la dissolution du mariage que ce règlement aura lieu ; jusqu'à cette époque la femme sera considérée comme ayant fait une avance au mari pour l'aider à supporter les charges du ménage.

Avec le système de Pothier la femme éprouve un préjudice. En effet, les fruits de la dernière année forment une masse commune, dont la moitié, nette des dépenses de culture, revient à la femme, dans l'hypothèse où le mariage a duré six mois pendant cette année. Par suite, si l'on prélève sur cette masse les frais de la première récolte, la femme ne sera indemnisée qu'à demi de ses avances, puisqu'en définitive elle sera payée de sa créance moitié avec sa propre part dans les fruits. En conséquence, le mari sera tenu de rembourser ces dépenses, soit avec ce qui lui revient dans les fruits de cette dernière année, soit avec ses biens personnels. Le texte de la loi 7 pr. s'oppose-t-il à cette solution ? Nous ne le pensons pas. Pour nous, le mot *computari* n'est pas pris ici dans le sens de *prélever* ; il signifie entrer en ligne de compte.

122. — Le prélèvement des frais de culture se fait sur tous les fruits d'une année considérés comme formant une seule et même masse : par exemple, les dépenses faites pour la moisson s'imputeront, s'il est nécessaire, sur la vendange (l. 8, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24, 3).

123. — La dot est destinée à aider le mari à supporter les charges du mariage. Mais il ne faut pas conclure de

là qu'il n'ait le droit de conserver que les fruits nécessaires aux dépenses imposées par le mariage et qu'il soit obligé de restituer l'excédant. En réalité, sauf convention contraire, il n'a aucun compte à rendre relativement aux fruits des biens dotaux. Cette assertion est confirmée notamment par la loi du 7 pr. *D. de jure dotium*, 23,3, et par la loi 60, § 3, *D. mandati*, 17, 1. Scévola, dans ce dernier texte, s'exprime en ces termes : « Si le mari et le beau-père ont arrêté, même tacitement, que l'entretien de la femme serait à la charge du mari, le beau-père fournissant les intérêts de la dot, celui-ci n'aura aucune action pour recouvrer ce qu'il prétendrait n'avoir pas été consommé. Mais si le père prouve qu'il a donné mandat à son gendre de pourvoir à l'entretien de sa fille, il aura l'action du mandat ».

Ainsi, le mari ne rend compte des fruits que dans le cas où il a été constitué mandataire de son beau-père ; il n'a au contraire rien à restituer de ce chef quand il fait, en son propre nom, face aux dépenses du ménage et c'est là ce qui arrive le plus fréquemment.

124. — Une conséquence du principe que les intérêts de la dot sont destinés à payer les charges du ménage, c'est que le mari n'y aurait aucun droit, s'il n'avait pas pourvu aux dépenses de la femme. Par exemple, une femme a pu être conduite comme épouse dans la maison d'un absent et aucune dépense n'être faite pour elle sur les biens du mari pendant son absence. Dans cette situation la loi 69, § 3, *D. de jure dotium*, 23, 3, décide que le mari commettrait une malhonnêteté si, lors de son retour, il réclamait les intérêts de la dot promis pour l'entretien de la femme.

125. — Les droits du mari sur les fruits de la dot peuvent être valablement restreints par la convention des parties.

D'abord, la loi 60, § 3, *D. mandati*, 17, 1 précitée

considère comme licite la stipulation en vertu de laquelle le mari ne pourra prétendre qu'aux fruits nécessaires à l'entretien de la femme.

126. — Mais serait-il permis aux époux de convenir que les fruits de la dot formeront eux-mêmes un capital restituable dont le mari gardera seulement les intérêts?

La loi 7, § 2, D. *de jure dotium*, 23, 3 et la loi 4, D. *de pactis dotalibus*, 23, 4, reconnaissent, d'une manière générale, la validité de cette convention.

Voyons d'abord la première de ces lois. Un usufruit a été constitué en dot. La question se pose de savoir si le mari a droit aux fruits eux-mêmes ou bien s'il ne peut garder que les fruits des fruits. Ulpien répond en rappelant l'opinion de Celse. Ce jurisconsulte, au livre X de son *Digeste*, dit qu'il faut examiner l'intention des parties et que, *sauf convention contraire*, la dot, à son avis, comprend le droit d'usufruit lui-même. Ainsi donc, d'après Celse et Ulpien, il est valablement convenu que le mari, en recevant en dot un usufruit, ne conservera que les fruits des fruits.

Cette convention serait également valable si, au lieu d'un usufruit, le mari avait reçu, *dotis causâ*, une pleine propriété.

Marcellus avait, sur la validité de cette convention, une théorie particulière qu'Ulpien expose et réfute dans la loi 4, D. *de pactis dotalibus*, 23, 4. Au livre VIII de son *Digeste*, ce jurisconsulte dit qu'en principe il n'est pas permis de convenir que les fruits seront capitalisés parce qu'alors la femme serait à peu près sans dot. Puis il propose cette distinction : « Si la femme a donné un fonds en dot, à condition que le mari rendrait les fruits, le pacte n'est pas valable ; et il en est de même si elle a constitué en dot un usufruit sous la même condition. Si, au contraire, il a été convenu que les fruits seraient rendus, c'est-à-dire que les fruits perçus par le mari seraient

dotaux et si le fonds ou l'usufruit a été livré non pas pour devenir dotal lui-même, mais par que le mari en perçût les fruits qui devaient constituer la dot, ce dernier sera obligé par l'action de dot de restituer ces fruits. Les fruits composeront donc la dot, et le mari jouira des intérêts que pourront rapporter ces fruits accumulés et convertis en capital ».

Ceci exposé, Ulpien formule son opinion en ces termes : « Pour moi, je pense que *dans tous les cas* il faut savoir dans quelle intention la dot a été donnée : si la femme s'est constitué une dot plus importante, parce qu'elle voulait que les fruits fussent convertis en dot, le mari s'étant contenté des intérêts que le revenu rapporterait, on peut dire que la convention est valable : et la dot ne paraît pas pour cela stérile : supposez qu'un revenu de quarante soit perçu par un mari qui, sans cette convention, n'aurait pas reçu en dot plus de trois cents ; comme ce mari s'applaudirait d'avoir reçu une si riche dot ! »

Enfin, Ulpien se demande ce qu'il faut penser du pacte par lequel le mari s'engagerait à convertir en dot les fruits capitalisés, la femme se chargeant de son côté de ses dépenses et de celles de ses gens et il ne voit pas pourquoi cette convention ne serait pas valable « *quare non dicas conventionem valere* » ? Le commencement du texte montre bien que cette décision d'Ulpien résulte des principes généraux et n'est pas motivée par cette convention particulière que, dans l'hypothèse prévue, la femme s'était chargée de ses dépenses.

Papinien (l. 69, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3) confirme également la validité de la convention portant que les fruits du fonds apporté en mariage par la femme seront dotaux. Il suppose qu'une femme a déclaré qu'elle se constituait en dot une somme à elle due par Seius *avec les intérêts du temps futur* ; et, d'après lui, il est ration-

nel (*rationis est*) de considérer comme dotaux non seulement les intérêts échus entre la *dictio* et le mariage, mais encore ceux qui seront échus depuis cette époque. Cujas, pensant que le texte de la loi 69, § 1, pris dans le sens qui vient d'être indiqué, était contraire au principe de l'affectation des revenus de la dot aux charges du mariage, avait proposé de lire *rationis non est* au lieu de *rationis est* et Pothier a approuvé cette leçon (1). Cette opinion n'a pas prévalu : les *Basiliques* (2) la condamnent. Aucun texte n'existe en sa faveur et elle est contredite par les lois 7, § 2, D. *de jure dotium* et 4, D. *de pactis dotalibus*. De plus, les revenus dotaux capitalisés produisant eux-mêmes des intérêts, il n'est pas exact de prétendre que la convention critiquée empêche la dot de remplir sa destination.

Mais, à défaut de convention contraire, les intérêts correspondant au temps écoulé depuis le mariage ne sont pas dotaux. Telle est la décision donnée par Tryphoninus à la loi 77, D. *de jure dotium*, 23, 3, dans une hypothèse où la femme, créancière d'une somme d'argent produisant intérêts, avait, en épousant son débiteur, déclaré par *dictio* que sa dot comprendrait le montant de sa créance. Le jurisconsulte base son opinion sur ce que la *dictio* a éteint *ipso jure* l'obligation primitive (3). En outre, la solution peut se justifier par cet autre motif que le mari a normalement droit aux intérêts postérieurs au mariage afin de les affecter aux charges de son union.

127. — Terminons par une dernière espèce :

Les futurs époux étant copropriétaires d'un immeuble indivisément par moitié, la femme apporte en dot sa part indivise et stipule qu'au moment de la restitution elle

(1) Pothier, *Pandectæ justinianæ*, Tit. *solutio matrimonii*, 47, à la note.

(2) 29, 1, 65.

(3) Le mari est censé avoir payé sa dette et en avoir reçu immédiatement le montant *dotis causâ*. — Nous avons vu *suprà*, n° 92, que pour Marcellus la *dictio* n'éteignait l'obligation primitive qu'*exceptionis ope*.

pourra conserver tout le fonds pour son compte, en payant au mari la valeur de sa moitié. Le mariage se dissout ; la femme est en demeure de verser la somme convenue et, comme elle ne le fait pas, le mari retient le fonds dont il continue à percevoir les fruits. La question est de savoir à qui ces fruits seront définitivement attribués.

Labéon, estimant que la femme était *in morâ*, lui refusait tout droit à cet égard. Mais Javolenus faisait une distinction fort équitable : il accordait au mari la portion de fruits afférente à sa part dans l'immeuble, et, quant au surplus, il ne lui permettait de le garder que jusqu'à concurrence du temps pendant lequel il avait supporté les charges du mariage (l. 18, § 1, D. *de fundo dotali*, 23, 5).

II. — AUTRES ACCESSOIRES.

128. — Le mari est tenu de restituer la dot non estimée avec tous ses produits et accessoires ; il ne conserve que les fruits proprement dits d'après les règles exposées à l'instant.

Il nous faut indiquer, en cet endroit, en quoi peuvent consister ces accessoires à comprendre dans la restitution.

129. — I. — La femme s'est constitué un fonds sans estimation. Le mari n'est pas alors dans la situation d'un acheteur. Néanmoins, bien qu'elle n'y fût pas obligée, la femme a pu lui faire la promesse du double en cas d'éviction. Dans cette hypothèse, il devra, à l'époque de la dissolution du mariage, rendre ce qu'il aura reçu en exécution de cet engagement (l. 52, D. *de jure dotium*, 23, 3). En effet, la loi 16, D. *h. t.* (1), prévoyant l'hypothèse où le fonds a été estimé *venditionis causâ*, impose au mari, par dérogation aux règles ordinaires de la vente, l'obliga-

(1) Voir *suprà*, n° 45.

tion de restituer, s'il l'a obtenu, le double du prix stipulé comme clause pénale. Or, à plus forte raison, doit-il en être encore de même, quand le fonds a été livré sans estimation. C'est qu'alors le fonds est lui-même dotal (*quia ipse fundus est in dote*) et que, dans ce cas, le mari doit remettre tout ce qu'il a reçu à son occasion, sans excepter le montant de la *stipulatio duplæ*.

130. — II. — De même, le fonds dotal s'est-il augmenté par alluvion (l. 10, § 1, D. *h. t.*), l'usufruit s'est-il réuni à la nue propriété (l. 4, D. *h. t.*), la femme aura droit de se faire restituer ces accroissements.

131. — III. — A la différence du croît des animaux, le part de la femme esclave ne constitue pas un fruit et conséquemment ne forme point un gain pour le mari (l. 10, § 2, D. *h. t.*). Cette solution ne semble pas logique ; car les Romains, considérant la femme esclave comme une chose, auraient dû regarder son enfant comme un fruit. Cicéron (*de finibus*, I, 4) nous apprend d'ailleurs que, de son temps, Manilius et Scévola traitaient le part de l'esclave à l'instar d'un fruit et, au rapport d'Ulpien (l. 68 pr. *De usufructu et quemadmodum quis utatur*, 7, 1), ce fut Brutus qui fit prévaloir l'opinion contraire. Gaius (l. 28, § 1, D. *de usuris et fructibus*, 22, 1) et Justinien (*Inst.* II, t. 1, § 37) justifient cette décision en disant que c'est par respect pour la dignité humaine que l'on a distingué entre le part de l'esclave et le croît des animaux, étant absurde que l'homme, pour qui la nature a créé tous les fruits, fût lui-même considéré comme un fruit. A quoi M. Pellat répond : « Si la nature a destiné tous les fruits à l'homme, on peut dire aussi qu'elle lui a destiné toutes les choses : comment donc le scrupule, qui empêchait de ranger l'enfant parmi les fruits, n'empêchait-il pas de ranger la mère parmi les choses ? » (1). Ulpien (l. 27

(1) M. Pellat. *Textes sur la dot*, p. 100.

pr. D. *de hereditatis petitione*, 5, 3) donne de cette solution un motif plus satisfaisant. Il explique que c'est le but que se propose le propriétaire qui confère à un produit la qualité de fruit ; or, l'acquéreur d'une esclave songe ordinairement à tirer un revenu de son travail et non des enfants qu'elle pourra mettre au monde ; par conséquent le part ne doit pas être traité comme un fruit.

Ainsi, de tous les avantages qu'il obtient par l'intermédiaire des esclaves, le mari ne conserve, en principe, que les émoluments résultant de leur travail ou de leur location.

Toutefois, et conformément à la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, le mari sera encore en droit de retenir les acquisitions et bénéfices réalisés par l'esclave *ex re suâ*, c'est-à-dire au moyen de valeurs tirées de son propre patrimoine.

132. — IV. — Enfin, les legs et hérédités laissés à l'esclave dotal peuvent, par exception, appartenir au mari, mais c'est à la condition expresse que le disposant ait agi *contemplatione mariti*.

Donc, lorsque le testateur n'a pas disposé en vue du mari, l'hérédité laissée à l'esclave vient augmenter la dot (1). L'acceptation de l'hérédité n'est pas en effet une *opera servilis* (l. 45 pr. et § 1, D. *de acquirenda vel omittenda hereditate*, 29, 2), dès lors l'acquisition n'étant pas un fruit peut être réclamée par l'action *rei uxoriæ*. Il en est ainsi non seulement quand l'*aditio* a eu lieu pendant le mariage, mais encore quand elle a été faite *ante nuptias* (l. 47, D. *de jure dotium*, 23, 3) ou *post divortium* (l. 31, § 4, D. *solutio matrimonii*, 24, 3). La restitution des objets compris dans l'hérédité sera due comme pour les fruits de la dot perçus avant le mariage,

(1) Il faut donner la même solution pour la donation entre-vifs faite à l'esclave dotal.

comme pour la portion de fruits revenant à la femme dans l'année où le mariage a pris fin, comme pour le part des esclaves dotales. Remarquons que s'il s'agit d'un fonds la loi *Julia* recevra son application et que l'immeuble sera inaliénable, bien que l'esclave, par l'intermédiaire de qui l'acquisition a été opérée, puisse être valablement aliéné par le mari.

Mais, a-t-on dit, pourquoi Julien a-t-il pris soin de mentionner que l'hérédité laissée à l'esclave avant le mariage ou après le divorce doit être restituée par le mari, alors que la décision est la même quand l'acquisition a lieu *constante matrimonio*? M. Demangeat répond ainsi à cette objection : « C'est qu'on pouvait douter qu'une augmentation de la dot fût possible à un moment où il n'y a pas encore réellement de dot, à un moment où il n'y a plus mariage. Et les expressions employées par Julien montrent bien que c'est précisément ce doute qu'il veut faire disparaître : *ampliatur dos*, dit-il, dans un texte ; *ad dotis augmentum pertinet*, dit-il, dans l'autre » (1).

Ces solutions de Julien sont une application directe du principe que toute chose, acquise par le mari à l'occasion des biens dotaux, est réputée dotale et comprise dans l'action *rei uxoriæ*, quand elle n'a pas le caractère de fruit, et sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon que l'acquisition s'est, ou non, accomplie pendant le mariage (2).

Cette explication, cependant si plausible, n'a pas satisfait tous les interprètes. Plusieurs d'entre eux ont voulu voir autre chose dans les lois 47, D. *de jure dotium* et 31, § 4, D. *soluto matrimonio*.

Pour Cujas (3), la loi 47 vise l'hypothèse où un esclave

(1) M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 185.

(2) Dans le sens de ce premier système, voir M. Demangeat, *De fundo dotali*, p. 179 et suiv. sur la loi 3 pr. de Paul, D. *de fundo dotali*, 23, 5.

(3) Cujas (in. lib. 18. Digest., *Salvii Juliani*).

a été donné en dot avec estimation. Il y a là une véritable vente qui ne produit son effet qu'à compter du mariage. Par conséquent, des acquisitions réalisées par l'intermédiaire de l'esclave, le mari conservera seulement celles qui l'ont été *post nuptias* ; celles antérieures au mariage augmenteront la dot. Bien que s'autorisant des *Basiliques*, cette opinion ne paraît pas admissible, parce que la loi 47 ne mentionne en aucune façon que la dot a été constituée avec estimation ; or, il serait étrange que Julien ait précisément omis d'indiquer la circonstance qui formerait la base même de sa décision. Voilà pour les libéralités faites à l'esclave avant le mariage.

Afin de trouver un sens à la loi 31, § 4 qui attribue à la femme les legs et hérédités recueillis par l'esclave *post divortium*, Cujas suppose arbitrairement que ces legs et hérédités ont été laissés à l'esclave *contemplatione mariti* (1). Le mari, dit-il, conserve ce qui a été légué à l'esclave pendant le mariage, lorsque la disposition a eu lieu *contemplatione mariti*, tandis qu'après le divorce il restitue toujours ce qui a été laissé à l'esclave, sans distinguer suivant que le testateur a eu en vue l'un ou l'autre des époux. — Outre son caractère divinatoire, cette explication est contraire aux principes généraux. Le mari, croyons-nous, aurait le droit de garder le legs fait à l'esclave dotal *contemplatione mariti*, lors même que l'acquisition ne se serait réalisée que *post divortium*. N'a-t-il pas en effet qualité pour y prétendre ? Le divorce ne lui enlève pas son droit de propriété sur la dot qu'il peut au surplus conserver définitivement, s'il n'est pas en demeure de restituer lors du décès de la femme. En outre, on ne concevrait pas que dans l'action *rei uxoriæ*, qui est de bonne foi par ex-

(1) Tout le monde est d'accord pour lire dans ce passage de Cujas *contemplatione MARITI* au lieu de *contemplatione MULIERIS*.

cellence, la femme pût s'approprier un legs et une hérédité destinés à son mari (1).

D'après Pothier (2), la loi 47 et la loi 31, § 4, signifient que « le mari doit restituer la *causa rerum dotantium*, surtout si l'acquisition a eu lieu soit *ante nuptias*, soit *post divortium*, mais également si elle a eu lieu *constante matrimonio* ». Il est à remarquer que Pothier n'a pas vu de difficulté là où il en existe véritablement. En effet, de quoi pouvait-on douter ? C'était uniquement de la possibilité d'une augmentation de dot alors qu'il n'y avait pas encore ou qu'il n'y avait plus de mariage et par suite de dot proprement dite. Il faut donc prendre le contre-pied de ce que dit Pothier.

M. Pellat (3) a proposé une autre explication. Raisonnant par argument *a contrario* des lois 47 et 31, § 4, le savant professeur a émis l'opinion que Julien avait en cette matière une doctrine tout à fait personnelle. D'après ce jurisconsulte, le mari aurait eu droit, en principe, non seulement aux acquisitions réalisées par l'esclave *ex operis suis* ou *ex re mariti*, mais encore à tout ce que cet esclave a pu recueillir par donation, legs ou institution d'héritier. Il n'y aurait eu d'exception à cette règle que dans le cas d'une disposition faite *contemplatione mulieris* et aussi dans le cas où la libéralité aurait été recueillie *ante nuptias* ou *post divortium*. Julien aurait d'ailleurs abandonné cette doctrine dans un autre ouvrage (lib. 1, *ad Urseium Ferozem*) ainsi qu'il appert de la loi 45 pr. et § 1, D. précitée G. de *adquirendâ vel omittenda hereditate*, 29, 2. — Mais ce système n'est-il

(1) En matière de vente, l'acheteur d'un esclave profite des institutions ou des legs faits *contemplatione venditoris*, lorsque l'acquisition est postérieure à l'achat (l. 13, § 18, de *actionibus empti et venditi*, 19, 1 ; l. 23, § 9, de *œdilitio edicto*, 21, 1). Ceci résulte de l'interprétation de la volonté des parties et ne peut être étendu à la dot.

(2) Pothier, *Pandectæ justinianæ, soluto matrimonio*, nos 33 et 80.

(3) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 220 et suiv.

pas conjonctural et ne suppose-t-il pas sans preuve et peut être sans nécessité une contradiction dans les écrits de Julien ?

Ce sera par l'action *rei uxoriæ* et non par une *condictio sine causâ* que la femme obtiendra la restitution des objets ainsi acquis par l'esclave dotal *ante nuptias* ou *post divortium*.

133. — C'est au mari à donner à l'esclave dotal, institué héritier, l'ordre de faire adition ou de répudier l'hérédité. Mais, il peut redouter d'engager sa responsabilité en faisant accepter une succession onéreuse ou renoncer à une hérédité présentant un actif. Modestin (l. 58, D. *soluto matrimonio*, 24, 3) indique un moyen de prévenir ce danger. En présence de témoins, le mari demandera à la femme si elle veut accepter ou répudier la succession ; veut-elle renoncer, le mari se conformera à sa volonté ; veut-elle accepter, il lui transférera l'esclave sous la condition qu'elle devra le lui retransférer elle-même après l'adition. Notons que l'esclave n'étant plus dotal lors de l'acceptation, les biens provenant de cette hérédité seront paraphernaux.

Le pécule de l'esclave dotal doit être restitué ainsi que toute autre partie de la dot. Le mari encourt à cet égard la même responsabilité. Quant aux revenus du pécule, ils lui appartiendront comme ceux d'un bien dotal quelconque (l. 67, D. *soluto matrimonio*, 24, 3).

134. — V. — Par application des principes qui précèdent, la restitution à opérer par le mari pourra avoir pour objet les acquisitions réalisées par l'intermédiaire de l'esclave dotal AFFRANCHI pendant le mariage.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

135. — 1^{ent} La femme a consenti à l'affranchissement dans l'intention de faire une libéralité à son mari. — Cette donation entre époux est valable, parce qu'elle a lieu *manumittendi causâ* et qu'elle n'enrichit pas le dona-

taire (l. 7, § 9, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1). Dans ce cas, le mari profitera des charges qui ont été imposées à l'affranchi *libertatis causâ* (l. 24, § 4; l. 62, D. *soluta matrimonio*).

136. — 2^{ent} Le mari a affranchi l'esclave dotal sans opposition de la femme qui d'ailleurs n'a pas eu l'intention de faire une libéralité. — Il est alors considéré comme *negotiorum gestor* de sa femme « *negotium gerens mulieris non invitæ* » (l. 64 pr. D. *h. t.*) (1).

La loi *Julia et Papia* autorise la femme à exiger, même pendant le mariage, tout ce que le mari aura recueilli à titre de patron, par exemple :

1° Une portion de la succession de l'affranchi (l. 64, § 5, D. *h. t.*). Cette portion fut d'abord fixée par le Préteur à moitié du patrimoine de l'affranchi, quand celui-ci était décédé sans postérité *ex justis nuptiis* (on ne tenait pas compte des enfants exhérédés). Plus tard, la loi *Julia et Papia* réserva au patron une part virile (moitié ou un tiers), au cas où l'affranchi avait laissé une fortune d'au moins 100.000 sesterces et seulement un ou deux enfants (Gaius III, §§ 41 et 42).

2° Les avantages stipulés de l'esclave comme prix de son affranchissement (l. 24, § 4 et 64, § 1, D. *soluta matrimonio*, 24, 3).

3° Les avantages stipulés même après l'affranchissement (l. 64, § 3, *h. t.*).

Si le mari s'était fait garantir par une caution la promesse de l'esclave ou de l'affranchi, il était tenu de céder à la femme son action contre la caution (l. 64, § 4, D. *h. t.*)

Mais là se borne son obligation ; il conserve tout ce qu'il a acquis à un autre titre. Ainsi, ne sera pas restituable *soluta matrimonio* ce qui lui provient de la pure

(1) Les mots *non invitæ* qu'on lit dans cette loi 64. pr. indiquent bien qu'il ne s'agit pas ici de l'hypothèse où le mari a géré l'affaire de la femme, mais de celle où la femme a consenti à l'affranchissement.

libéralité de l'affranchi, par exemple, les biens que celui-ci a légués par testament, au delà de la part qui lui était en quelque sorte *réservée*, et, plus généralement, tout ce que l'affranchi lui aura laissé sans y être obligé par la loi (l. 64, § 5, D. *h. t.*).

137. — 3^{ent} L'esclave a été affranchi, malgré la résistance de la femme. — Le mari solvable peut valablement procéder à cet affranchissement, sans tenir compte du refus de la femme (1). En effet, il a la propriété de l'esclave et la loi *Julia de adulteriis et de fundo dotali* n'entrave en aucune façon la faculté pour le mari de disposer des esclaves dotaux. Mais, il sera tenu par la *condictio ex lege Julia et Papia* de remettre à la femme, même *constante matrimonio*, tout ce qui lui sera parvenu de l'affranchi en sa qualité de patron, *quasi ad patronum*, à l'exception toutefois des *operæ* qui lui ont été fournies en nature (l. 64, § 2, D. *h. t.*) (2). S'agit-il au contraire de biens acquis uniquement *ex affectione liberti*, la femme les réclamera par l'action *rei uxoriæ* et en principe après la dissolution du mariage seulement (l. 61, D. *h. t.*).

Quant à l'esclave lui-même, affranchi contre la volonté de la femme, le mari sera obligé d'en payer la valeur calculée à l'époque de la restitution, comme si l'affranchissement n'avait pas eu lieu. Néanmoins, ce sera toujours un corps certain, c'est-à-dire l'esclave lui-même et non son estimation, qui continuera à être *in obligatione*; par suite la dette du mari sera immédiatement exigible, une fois le mariage dissous (argument de la loi 78, § 4, D. 23, 3) et la mort fortuite de l'affranchi amènera l'extinction de la créance de la femme (3).

(1) Il reste évidemment soumis aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*.

(2) M. Demangeat, *op. cit.*, p. 21. Il faut, dans cette loi 64, § 2, D. *solutio matrimonio* retrancher la préposition *a*. Pothier la met entre parenthèses (Pothier, n° 89. *Sol. matrimonio*).

(3) Si l'affranchissement avait été fait à *l'insu* de la femme, les choses se passeraient comme en cas de refus de cette dernière. En ce sens Accurse se

Le mari est censé avoir à sa disposition les choses qu'il doit rendre conformément à la loi *Julia et Papia*, dès qu'il lui est possible de les exiger (l. 64, § 6, D. *h. t.*), et il sera condamné à indemniser la femme si, par son dol, il l'a empêchée de recueillir les avantages résultant pour elle de cet affranchissement (l. 64, § 7, D. *h. t.*).

Par faveur, la loi *Julia et Papia* permet au mari de restituer à son choix ou bien les objets mêmes provenant de l'affranchi ou bien l'estimation de ces objets (l. 64, § 10, D. *h. t.*).

138. — VI. — Le trésor trouvé dans le fonds dotal ne constitue pas un fruit. Si c'est un tiers qui l'a découvert, la moitié attribuée au mari comme propriétaire du fonds sera restituable; c'est là une acquisition *ex re dotali*. Au cas où la découverte aurait été faite par le mari lui-même, celui-ci ne serait comptable que de la moitié du trésor comme s'il l'avait trouvé sur le fonds d'autrui (l. 7, § 12 *in fine*, D. *h. t.*) (1).

139. — En règle générale, le mari doit donc restituer tous les produits et accessoires de la dot non estimée ou estimée seulement *taxationis causâ*.

Reste à savoir s'il était permis aux époux de déroger à ce principe et d'attribuer au mari les produits proprement dits de la dot.

Nous avons vu, en étudiant les effets de l'estimation des biens apportés en mariage par la femme, que le mari gagne les produits de la dot, lorsqu'il court les risques des pertes survenues, même par cas fortuit (l. 1. 50 et 66,

basant sur la loi 48, § 3, D. *de furtis*, 47, 2. — Conf. M. Demangeat, *op. cit.* p. 19.

(1) M. Demangeat (*op. cit.*, p. 70, note 1), attribue au mari, comme inventeur, la moitié du trésor, même quand il a fait des recherches sur le fonds dotal, parce qu'il ne commet aucune faute en faisant ces recherches. Au contraire, en règle ordinaire, le trésor doit être découvert par le pur effet du hasard (Inst. de Justinien, § 39, *de divisione rerum*, liv. 2. — Léon, l. *unic.* C. *de thesauris*, 10, 15).

§ 3, D. *soluta matrimonio*; l. 18, D. *de jure dotium*, § 114, *Fragmenta Vaticana*) (1). La conséquence à tirer de ces textes est que le mari acquiert, de plein droit, les produits et accessoires de la dot, lorsque la convention laisse tous les risques à sa charge.

Cette hypothèse mise de côté, il faut se demander quelle est la valeur de la convention qui attribuerait au mari les produits de la dot, alors qu'il ne supporterait pas les risques.

D'après Papinien (l. 69, § 9, D. *de jure dotium*, 23,3), il est constant que le part des esclaves dotales est une portion de la dot et que, par suite, le mari conviendrait inutilement avec la femme que les enfants de ces esclaves seraient communs entre eux. Cette convention aboutirait à diminuer la dot et constituerait de la sorte une véritable donation interdite pendant le mariage. Il en serait de même d'ailleurs, si le pacte était intervenu avant le mariage. C'est parce que sont nulles les donations que se font les fiancés sous la condition du mariage, attendu qu'elles produisent leurs effets *constante matrimonio* (l. 12 pr. D. *de jure dotium*, 23,3).

Toutefois, les fiancés conviendront valablement que le mari conservera les produits de la dot perçus antérieurement à leur union; c'est là une donation qui, ayant lieu avant le mariage, n'est point prohibée. La loi 7, § 1, D. *h. t.* donne cette solution pour les fruits recueillis avant le mariage et il y a la même raison de décider en ce qui concerne les produits.

(1) Voir *suprà*, n° 59.

SECTION II

DES CAUSES QUI PEUVENT MODIFIER L'ÉTENDUE DE LA RESTITUTION.

CHAPITRE PREMIER

Des retentiones.

140. — Le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, pouvait retenir une partie de la dot *aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas* (Ulpien, VI, § 9).

I. — RETENTIO PROPTER LIBEROS.

141. — La *retentio propter liberos* n'est autorisée qu'à trois conditions. Il faut : 1° qu'il existe des enfants du mariage ; 2° que le divorce ait lieu *non bona gratia*, par voie de répudiation ; 3° et que la répudiation procède d'une faute de la *femme* ou de son *paterfamilias*.

Le mari et la femme sont en faute quand le divorce est causé par leur inconduite.

La signification sans raison suffisante de la répudiation peut également constituer en faute l'époux qui a eu recours à cette mesure. Papinien (*Fragmenta Vaticana*, § 121) dit que « la faute d'avoir dissous le mariage ne procède pas de l'époux qui a envoyé le message de divorce, mais de celui qui a amené la nécessité de cette séparation ». La notification de la répudiation n'est donc imputable à celui qui l'a faite que dans le cas où aucune faute ne peut être reprochée à l'autre époux.

Quant au père de la femme, sa faute consistera dans la signification de la répudiation sans motif plausible (1).

142. — La *retentio propter liberos* a un double but : 1^o punir la femme coupable ; 2^o indemniser le mari innocent des charges que lui imposent l'éducation et l'entretien des enfants.

Si le mari était lui-même en faute, il serait considéré comme indigne de recevoir une indemnité, quand bien même la répudiation émanerait de la femme (Cicéron, *Topiques*, ch. 4).

143. — La quotité de la retenue est d'un sixième par enfant sans pouvoir cependant excéder trois sixièmes quel que soit le nombre des enfants (Ulpien, VI, § 10).

Les époux conviendront toutefois valablement que la *retentio* s'exercera quelle que soit la cause du divorce, indépendamment de toute faute de la part de la femme. Ceci se justifie par cette considération que la retenue *propter liberos* a pour objet d'aider le mari à supporter les charges que le mariage dissous lui laisse (*Fragmenta Vaticana*, § 106 combiné avec le § 107) (2).

Il serait en outre loisible aux époux d'augmenter la quotité de la retenue et même d'accorder la dot entière au mari pour un seul enfant (argument *a contrario* de la loi 2, D. *de pactis dotalibus*, 23, 4). Ces arrangements ne sont pas réputés contraires à la règle qui annule les peines stipulées contre les époux qui divorceraient (l. 2, C. *de inutilibus stipulationibus*, 8, 39). Mais cette con-

(1) Nous nous plaçons bien entendu à l'époque où le père pouvait imposer le divorce à l'enfant, sur lequel il avait conservé la puissance paternelle. Ce droit exorbitant fut supprimé en principe par Antonin le Pieux (Paul, v. 6, § 15) ou peut-être par Marc-Aurèle (l. 5, C. *De rep.* 5, 17). Conf. M. Accarias, *op. cit.*, I, n^o 98²A.

(2) Nous pensons qu'Ulpien dans le § 106 des *Frag. Vat.*, parle du divorce en général arrivé d'une manière quelconque, par exemple *bonâ gratiâ* (*discidium*) et que, dans le § 107, il s'occupe du divorce occasionné par la faute de la femme (*divortium*). Si *discidium* et *divortium* étaient synonymes, le § 106 serait inutile puisqu'il ne ferait qu'appliquer le droit commun.

vention n'est valable que pour le mariage qui la suit (*Frag. Vat.*, § 107).

144. — Le mari n'a pas d'action pour réclamer les sixièmes auxquels il a droit *propter liberos* ; il ne peut les prendre que par voie de *retentio* (Ulpien, § 10 *in fine*). C'est une différence entre la retenue *propter liberos* et les autres causes de *retentio* qui permettent d'agir aussi bien par action que par rétention.

145. — La *retentio propter liberos* pouvait être opérée par le mari à l'encontre des héritiers de la femme. A l'inverse, les héritiers du mari n'avaient pas le droit de s'en prévaloir : en effet ils sont ou bien ses enfants eux-mêmes, ou bien des tiers qui n'ont pas la charge des enfants.

146. — Lorsque la dot est profectice, c'est-à-dire retourne à l'ascendant donateur lors de la dissolution du mariage arrivée par la mort de la femme, le mari a droit de conserver une portion de la dot *propter liberos*. L'étendue de la *retentio* est ici d'un cinquième par enfant *in infinitum*, de sorte que le mari gardera toute la dot s'il y a cinq enfants ou plus (Ulpien, VI, § 4). Tel est le sens donné par M. Pellat à cette expression *in infinitum* (1), et cette explication nous paraît plus plausible que celle de Cujas, d'après qui, en définitive, le mari retiendrait un cinquième de la dot, quel que soit le nombre des enfants (2), et plus simple que celle de Pothier, qui déduisait le cinquième de la dot entière pour le premier enfant, le cinquième du restant pour le second, et ainsi de suite *in infinitum* (3).

II. — RETENTIO PROPTER MORES.

147. — Lorsqu'on peut reprocher à la femme ses

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 7.

(2) Cujas, *In tit. de rei ux. act.* (T. IX, p. 468).

(3) Pothier, *Pandectæ justinianæ*, Tit. *Solutio matrimonii*, n° 1.

mauvaises mœurs, le mari a droit d'exercer une *retentio* sur la dot. Cette retenue est d'un sixième en cas d'inconduite grave, c'est-à-dire d'adultère « *graviores aut majores mores* », et seulement d'un huitième s'il s'agit de toute autre faute de conduite que la loi ne précise pas, « *leviores aut minores mores* » (Ulpien, VI, § 12.)

Les mauvaises mœurs du mari sont également punies. Si la dot est restituable par tiers en trois ans, la peine consistera dans l'obligation de la rendre immédiatement, *propter graviores mores* et par tiers de six mois en six mois, *propter minores mores*. Au cas où la dot est restituable aussitôt après le mariage dissous, le mari doit rendre une quantité de fruits qui correspond au temps dont la restitution est avancée pour la dot remboursable en trois ans : c'est-à-dire les fruits de deux ans, s'il est coupable d'un écart grave, et d'une année s'il n'a à se reprocher qu'un écart moindre (Ulpien, VI, § 13).

148. En outre, *propter mores*, les époux ont à leur disposition une action spéciale nommée *judicium morum* ou *actio de moribus* (1). Cette action était particulièrement utile, pour le mari, lorsqu'il n'avait pas exercé la retenue à laquelle la faute de la femme donnait lieu, et, pour la femme, quand le mari coupable n'avait pas effectué le paiement de la dot de la manière légale (2).

Le droit d'exercer et l'obligation de subir la retenue *propter mores* ne se transmettaient ni activement ni pas-

(1) La loi 5 *pr. D. de pactis dotalibus*, 23, 4, appelle cette action *publica coercitio*. Néanmoins c'était un moyen de procédure d'ordre privé. A la différence des autres actions pénales privées, le *judicium de moribus* ne se cumulait pas avec l'action publique née du même délit.

(2) Dans une autre opinion le *judicium morum* serait une sorte d'action préjudicielle, devant être intentée avant la restitution de la dot, et servant uniquement à constater la faute des époux. La conséquence de cette doctrine est que la *retentio propter mores* ne pouvait s'exercer que par voie d'exception. Nous répondrons que l'action *rei uxoriæ* étant de bonne foi par excellence, le juge pouvait *de plano* examiner les faits susceptibles de donner ouverture à la *retentio*.

sivement aux héritiers des époux (l. 15, § 1; l. 27, D. *solutio matrimonii*, 24, 3; l. 1, Code Théodosien *de dotibus*, 3, 13).

149. — Enfin, la *retentio propter mores* et l'action *de moribus* n'étaient pas admises quand l'inconduite des époux était réciproque, quand le mari avait lui-même favorisé les débordements de sa femme, et lorsque, depuis le divorce, de nouvelles fiançailles étaient intervenues entre les anciens conjoints (l. l. 38, 39 et 47, D. *Solutio matrimonii*, 24, 3). Il n'était pas permis aux époux d'exclure cette retenue ni d'en modifier la quotité (l. 5 pr. D. *de pactis dotalibus*, 23, 4).

150. — Ce que l'on peut reprocher à la *retentio propter mores*, c'est que les peines infligées aux conjoints, quoique semblables en apparence, n'étaient pas en réalité égales d'un époux à l'autre ni même proportionnelles d'un cas à l'autre (1).

III. — RETENTIO PROPTER IMPENSAS.

151. — Cette *retentio* suppose des impenses faites par le mari sur les biens dotaux. Il faut à ce sujet établir des distinctions : les impenses sont en effet ou nécessaires, ou utiles, ou voluptuaires (Ulpien, VI, § 14).

I. — Impenses nécessaires.

152. — Les impenses nécessaires sont celles dont l'omission amènerait la détérioration de la dot ; par exemple la réparation d'une maison qui menace ruine (Ulpien, VI, § 15), la construction de digues, la plantation d'arbres destinés à remplacer ceux qui sont morts (l. 14 pr. D. *de impensis in res dot. fact.*, 25, 1).

Ces dépenses sont obligatoires pour le mari en ce sens

(1) En ce sens M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 27. — *Contrà*, Niebuhr.

que, s'il les négligeait, il serait passible de dommages-intérêts envers la femme (l. 4, D. *h. t.*).

Par dépenses nécessaires, on ne peut évidemment entendre celles qui sont une charge de la jouissance du mari et doivent être prélevées sur les fruits et revenus de la dot : comme les frais de culture, les soins donnés à un esclave et le paiement des impôts (l. 1. 12, 13, D. *h. t.*).

Disons toutefois avec Neratius (l. 15 *in fine*, D. *h. t.*) qu'il n'est guère possible d'indiquer un *criterium* permettant de reconnaître le caractère de nécessité d'une dépense. L'on examinera donc chaque espèce, en tenant compte du genre et de l'importance du déboursé.

Ulpien décide que l'on ne doit ranger au nombre des impenses nécessaires que celles qui ont été faites pour la dot elle-même (l. 1, § 2, l. 5 pr. *in fine*, D. *h. t.*). Il existe néanmoins des cas où le mari se fera rembourser par voie de *retentio* ses avances pour causes étrangères à la dot. Ces cas exceptionnels sont énumérés par Ulpien dans la loi 21, D. *solutio matrimonii*, 24, 3. Ce texte assimile aux dépenses nécessaires les sommes payées par le mari soit pour racheter des mains des voleurs, soit pour tirer de prison les *personnes nécessaires* à la femme. Parmi ces personnes nécessaires Ulpien cite le père de la femme et il faut sans doute y ajouter, par argument des lois 73, § 1, D. *de jure dotium*, 23, 3 et 20, D. *solutio matrimonii*, 24, 3, ses autres ascendants, ses frères et sœurs et ses enfants d'un premier lit.

153. — Puisque les dépenses nécessaires ont été réalisées en vue de la conservation de la chose, il est de toute justice qu'elles soient intégralement remboursées au mari qui les a faites. Mais de quelle manière s'opérait ce règlement ? Dans le § 37, liv. IV, titre VI des Institutes, Justinien dit : « La répétition de la dot est aussi diminuée par voie de retenue ; en effet l'on accorde au

mari le droit de retenir les dépenses qu'il a faites pour les biens dotaux, parce que les dépenses nécessaires diminuent la dot de plein droit (*quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur*) ainsi qu'on peut le voir avec plus de détails dans les livres du *Digeste* ».

Donc, le mari a droit de répéter par voie de *retentio* le montant de ses avances. Cependant, il a pu négliger d'effectuer cette retenue au moment même où il restituait la dot. Va-t-il pour cela se trouver dans l'impossibilité de rentrer dans ses déboursés? Les jurisconsultes romains en général ne l'ont pas pensé et, dans l'opinion qui prévalut après controverse (*et si plerique negent*) et qui fut adoptée *propter æquitatem* par Marcellus et Ulpien (l. 5, § 2, D. *de impensis in res dotales factis*, 25, 1), le mari fut autorisé à réclamer sa créance par la *condictio indebiti*, comme ayant rendu plus qu'il ne devait. Mais s'il avait payé sciemment, il serait, comme tout débiteur, censé avoir fait une libéralité. Déjà, auparavant, les tribuns du peuple avaient permis au mari de prendre ses sûretés pour obtenir remboursement de ses dépenses et de ne restituer la dot qu'après avoir stipulé le paiement de sa créance. Cette stipulation était appelée *tribunitia*, sans doute à cause de son origine (Ulpien VII, § 3). Elle se maintint, même après l'organisation de la théorie des *retentiones*, parce qu'elle offrait l'avantage d'assurer une action au mari dans tous les cas où une restitution opérée sans retenue le laissait désarmé.

154. — *Impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt*, tel est l'adage que l'on rencontre dans plusieurs textes. Cette formule ne doit pas toutefois être prise à la lettre et son exactitude dépend de la nature des biens qui composent la dot (l. 56, § 3, D. *de jure dotium*, 23, 3. Paul. — L. 5, pr. et § 1, D. *de impensis in res dotales factis*, 25, 1. Ulpien. — L. 1, § 4, D. *de dote prælegata*, 33, 4. Ulpien). Trois cas doivent être distingués.

155. — 1^{er} cas. — *La dot consiste tout entière en argent, en créances, ou plus généralement en quantités.* — Il est alors vrai de dire que les dépenses nécessaires *ipso jure dotem minuunt*. Le mari retiendra ce qui lui sera dû et remettra le surplus. Qu'arriverait-il si la femme remboursait au mari ses dépenses? La dot serait-elle augmentée à concurrence du remboursement (*utrum crescat dos*)? ou bien serait-elle considérée comme reconstituée dans son état primitif (*an ex integro data videbitur*)? Paul, attendu le peu d'intérêt pratique de la question ne donne aucune solution dans la loi 56, § 3, D. 23, 3; mais Ulpien (l. 5, § 1, D. 25, 1) est d'avis que ce remboursement ne rétablit pas la dot dans son état primitif et qu'il l'accroît plutôt.

156. — 2^{me} cas. *La dot consiste en un corps certain non estimé.* — La formule *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* ne signifie pas que le fonds constitué en dot cesse d'être dotal, pour quelque partie, à la suite d'impenses nécessaires. Tout se borne pour le mari au droit de retenir le fonds *quasi pignus* jusqu'à parfait remboursement (l. 56, § 3, D. 23, 3). Ainsi, dans l'espèce, la diminution s'opère non sur les objets corporels eux-mêmes, mais sur la dot (l. 5 pr. D. 25, 1), ou plus exactement sur l'*universitas dotis* (l. 1, § 4, D. 33, 4). Comme conséquence, le remboursement effectué par la femme n'équivaut pas à une augmentation de dot.

157. — Cependant les dépenses successives (1) faites par le mari peuvent venir jusqu'à égaler la valeur du fonds.

(1) Scévola parle de dépenses faites *successivement* sur le fonds. Ce langage est intentionnel. En effet, si la dépense, qui absorbe la valeur du bien dotal, avait eu lieu *en une seule fois*, la femme aurait pu se refuser à la payer en disant qu'il eût autant valu laisser périr le fonds. Au contraire, quand les dépenses, par un enchaînement de circonstances, ont été faites successivement, le mari a agi comme tout bon administrateur, et la femme est obligée de lui tenir compte de ses avances. C'est seulement dans cette seconde hypothèse que notre question peut se poser.

Ne faut-il pas alors décider que le fonds cesse d'être dotal ?

Paul (l. 56, § 3, D. 23, 3) rapporte que Scévola se prononçait dans le sens de l'affirmative et il combat cette doctrine en montrant les conséquences inacceptables auxquelles elle conduit, quel que soit le point de vue auquel on se place pour apprécier l'effet du remboursement des impenses. Admet-on que, par suite du remboursement effectué, la dot se trouve reconstituée dans son état primitif (*an ex integro data videbitur*) ? le fonds qui avait été aliéné par le mari, comme ayant cessé d'être dotal, serait à nouveau frappé d'inaliénabilité et les tiers acquéreurs pourraient être évincés. En définitive, ce serait le mari qui supporterait la perte, à cause de l'obligation de garantie dont il est tenu. Croit-on au contraire que le remboursement entraîne une augmentation de la dot (*utrum crescet dos*) ? le fonds se trouverait remplacé par la somme payée et l'on irait directement contre l'intention des époux, en convertissant l'objet de la dot.

Telle devait être, à l'époque de Paul, la législation sur ce point spécial (l. 5 pr. D. 25, 1). Mais la loi 56, § 3, D. 23, 3 nous est parvenue avec deux modifications qui indiquent un changement de jurisprudence survenu postérieurement. Nous pensons, avec M. Pellat (1), d'après Cujas, que ces modifications sont des interpolations de Tribonien, destinées à mettre le texte au courant des idées nouvelles (2).

158. — Voici les deux modifications à notre texte :

1° Une restriction a été apportée à l'opinion précitée de Scévola à qui l'on fait dire : Si la somme des dépen-

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 265 et suiv. Dans le même sens, voir M. Accarias, II, p. 1058, note 1053 *in fine*.

(2) D'après Glück, *Pand.*, T. 27, p. 415-421, le texte doit être attribué en entier à Scévola et à Paul.

ses, effectuées successivement, vient à égaler la valeur du fonds, ce fonds cesse d'être dotal, à moins que (et c'est là ce qui a été ajouté au texte primitif) *la femme n'ait d'elle-même offert au mari le remboursement de ces dépenses avant l'expiration d'une année*.

Or, cette fixation arbitraire, contraire aux habitudes interprétatives des anciens jurisconsultes, dénonce bien l'existence de l'interpolation de Tribonien : « *temporum finitio ad leges pertinet aut constitutiones, non ad jurisconsultos* (1) ».

2° Il a été ajouté au texte de Paul (l. 56, § 3 *in fine*) ces mots : « il faut plutôt décider que le fonds reprendra son caractère dotal et que l'aliénation en sera prohibée dans l'intervalle ».

Il y a encore là une interpolation flagrante ; car, comment admettre que Paul « qui vient de critiquer l'opinion de Scévola comme conduisant à une iniquité manifeste, s'y range tout à coup en y adaptant un tempérament assez bizarre : le fonds, qui aura cessé d'être dotal, le redeviendra après le remboursement des dépenses, et, en attendant, l'aliénation de ce fonds sera défendue » (2) ?

159. — Mais alors quelle est la portée du changement intervenu dans la législation ?

S'il a été dépensé pour la conservation du fonds une somme supérieure à sa valeur, ce fonds cesse d'être dotal, à moins que la femme n'ait offert à son mari, dans l'année, le remboursement des dépenses. Si le remboursement est effectué, il faut dire que le fonds redevient dotal, et qu'*en attendant*, l'aliénation du fonds est prohibée. Mais en attendant quoi ? « Est-ce, dit M. Pellat, *eod. loc.*, en attendant le remboursement qui sera fait à une époque quelconque ? ou bien le remboursement qui sera fait dans l'année » ?

(1) Cujas, *Observ.*, 23, 12. T. III, p. 623.

(2) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 270.

D'après Cujas, le fonds n'est plus dotal à l'expiration de l'année accordée à la femme pour rembourser les impenses, mais il reprend sa qualité, si le paiement est opéré en temps opportun, c'est-à-dire jusqu'au moment de la demande en restitution ou de l'offre de restitution de la dot et, jusque-là, l'aliénation du fonds ne serait pas autorisée.

Suivant M. Pellat (*eod. loc.*) et Glück, dont l'opinion nous paraît préférable, le texte signifierait que le fonds perd son caractère dotal aussitôt que les dépenses absorbent sa valeur. Pendant l'espace d'une année la loi permet à la femme de remettre les choses en leur état primitif en effectuant le remboursement des impenses et, durant ce laps de temps, le fonds, quoique n'étant plus dotal, reste néanmoins inaliénable.

160. — 3^{me} Cas. — La dot se compose en même temps d'argent et de corps certains. Notre paragraphe 3 de la loi 56, 23, 3 nous apprend que, d'après Nerva, les dépenses s'imputent d'abord sur la dot pécuniaire. Si, l'argent étant totalement absorbé, il ne reste plus que des corps certains, le règlement des impenses aura lieu comme au cas précédent.

2^o Impenses utiles.

161. — Les impenses utiles sont celles dont l'omission aurait été sans inconvénient pour la dot, mais dont l'exécution a rendu cette dot plus productive ; tel serait par exemple le cas où l'on aurait planté des vignes et des oliviers (Ulpian, VI, §16). Dans l'opinion qui finit par prévaloir, il y a lieu de distinguer suivant que la femme a donné ou non son consentement à ces dépenses.

Si les dépenses ont été effectuées avec l'assentiment de la femme, le mari a le droit d'en retenir le montant. Si au contraire ce consentement fait défaut, le mari ne peut obtenir le remboursement de ses déboursés qu'au-

tant que les circonstances ne le rendent pas trop onéreux pour la femme. Il n'aura donc rien à exiger dans le cas où celle-ci, ne possédant pas d'autres ressources, serait dans l'obligation de vendre la chose pour se libérer (l. 8, D. *de impensis in res dotales factis*, 25, 1). Toutefois, il conserve le droit d'enlever les constructions et améliorations qu'il a faites (l. 7, § 1, D. *h. t.* — l. unic., § 5, C. *de rei uxoris actione*, 5, 13).

Au surplus, dans l'un et l'autre cas, la *retentio* est le seul moyen accordé pour le recouvrement des dépenses utiles, qui ne diminuent pas de plein droit la dot (l. 7, § 1, D. *h. t.*) et pour lesquelles les jurisconsultes de l'époque classique ne donnent aucune action. Il fut en effet admis, jusqu'à Justinien, que le mari, étant propriétaire de la dot, ne saurait être traité comme un mandataire ou un gérant d'affaires (l. unic. § 5, C. *de rei uxoris actione*, 5, 13). Mais, en vertu de l'édit des tribuns du peuple, le mari avait la faculté de ne restituer la dot qu'après avoir pris ses précautions pour rentrer dans ses avances en stipulant leur remboursement (Ulpian, VII, § 3).

162. — Dans quelle mesure est-il tenu compte au mari des dépenses utiles, lorsque la femme est dans l'obligation de les payer ? Les textes ne contiennent aucune règle à ce sujet. Il semble pourtant très rationnel de faire la distinction suivante : la femme a-t-elle consenti à ces dépenses ? elle sera tenue de les rembourser *in solidum* ; n'y a-t-elle pas donné son adhésion ? le paiement, par argument de la loi 38, D. *de rei vindicatione*, 6, 1, ne devra pas excéder soit le montant de la plus-value, si l'augmentation de valeur est inférieure aux dépenses, soit la somme déboursée si la plus-value est supérieure au prix des travaux.

3° Impenses voluptuaires.

163. — Les dépenses voluptuaires sont celles qui n'ont ni conservé ni amélioré la dot, ce qui arrive pour les plantations de bosquets, les peintures et autres choses semblables (Ulpien, VI, § 1 — loi 7, pr. D. *de impensis in res dotales factis*, 25, 1). Que la femme ait consenti ou non à leur exécution, les travaux, qui n'ont d'autre but que l'agrément, ne donnent ouverture ni à une action, ni même à une rétention. Le droit du mari se borne à enlever les embellissements, quand leur épuration est possible. En conséquence, il n'y a lieu à *retentio* pour cette cause que dans le cas où, la séparation pouvant s'effectuer sans détérioration, la femme entend néanmoins conserver le fonds avec ses embellissements (l. 9, D. *h. t.*).

IV. — RETENTIO PROPTER RES DONATAS.

164. — Primitivement permises à Rome, les donations entre époux ne sont plus tard autorisées que pour cause de mort, de divorce, d'affranchissement d'un esclave. La femme est également libre de donner à son mari une somme pour lui faciliter l'accès aux honneurs. Ces donations sont admises, soit parce qu'elles ne doivent produire leur effet qu'après la dissolution du mariage, soit parce qu'elles n'entraînent pas ce double résultat caractéristique de la donation : appauvrissement du donateur et enrichissement du donataire (Ulpien, VII, § 1).

En dehors de ces cas exceptionnels, les donations entre époux sont nulles de plein droit; elles ne peuvent devenir valables que par une confirmation testamentaire expresse. Cette prohibition était déjà admise du temps de Labéon.

Le mari qui veut reprendre ce qu'il a donné à trois moyens à sa disposition : 1° l'action en revendication, si la chose existe, car la propriété est restée sur la tête du donateur ; 2° la *condictio sine causâ* ou *ex injusta causâ*, si la chose n'existe plus et si le donataire en est devenu plus riche ; 3° et la *retentio* qui lui permet, soit de conserver la dot tant que la chose donnée ne lui aura pas été retransférée, soit de retenir sur la dot la valeur de l'objet donné jusqu'à concurrence du bénéfice réalisé par la femme.

Tel fut l'état du droit jusqu'à Antonin Caracalla. A cette époque, la donation, tout en restant nulle de plein droit, est tacitement confirmée par cela seul que le donateur meurt dans les mêmes intentions et le mariage subsistant encore. La nullité ne sera donc définitive que par le repentir du donateur, le prédécès du donataire ou le divorce.

V. — RETENTIO PROPTER RES AMOTAS.

165. — Si, en vue du divorce, l'un des époux détourne une chose au préjudice de son conjoint, cette soustraction, bien que constituant un véritable vol, ne donne pas lieu à l'action *furti*. Par égard pour le mariage, cette action est ici remplacée par l'action *rerum amotarum* qui est *rei persecutoria*, non infamante et tient lieu de la *condictio furtiva* (Ulpien, VII, § 2).

Quand le détournement a été commis par la femme, le mari a encore un autre moyen pour obtenir réparation ; il retiendra sur la dot le montant de la perte qu'il a subie. Cette *retentio* a le même fondement que l'action *rerum amotarum*.

Lorsque le vol n'a pas eu lieu *divortii causâ*, les époux agiront par la revendication ou la *condictio* (ll. 24 et 25, D. *de actione rerum amotarum*, 25, 2).

On se reportera à l'époque du vol pour faire l'estimation de la chose (l. 29, D. *h. t.*).

VI. — CUMUL DES RETENTIONES.

166. — Une question très délicate se pose à l'égard des *retentiones*. On se demande si le mari, qui peut se prévaloir de plusieurs causes de retenues, a le droit de cumuler ces *retentiones* ou les actions qui y correspondent.

C'est pour les *retentiones propter liberos et propter mores* que le doute existe, car, de l'avis général, les autres retenues peuvent être valablement cumulées.

La solution de cette difficulté n'est guère possible : « C'est, dit M. Pellat (1), l'un de ces cas où il faut savoir se résigner à ignorer jusqu'à la découverte de quelque nouveau texte ». Nous nous contenterons d'indiquer brièvement la controverse.

167. — Dans une opinion, en faveur surtout en Allemagne, la dot ne saurait supporter deux retenues tellement semblables que la femme, en les subissant, serait en réalité punie deux fois pour la même faute. Comme conséquence, la femme coupable ne doit pas perdre en même temps un sixième de sa dot par enfant et en outre un sixième ou un huitième pour sa faute. Ceci, dit-on, est confirmé par le paragraphe 11 du titre VI des règles d'Ulpien d'après lequel : « *Dos, quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit* ». Dans ce système, « *dos quæ semel functa est* » ce serait une dot qui aurait déjà subi la *retentio*, et, comme le paragraphe 11 est placé entre la *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores*, ce qu'il défend c'est le cumul de ces deux causes de retenues. Cette explication ne laisse à la *retentio ob mores* qu'une utilité très

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 37.

restreinte, le mari devant préférer la *retentio ob liberos*, dont la quotité est toujours égale et souvent supérieure à celle de la *retentio propter mores*. La *retentio propter liberos* offrait en outre cet avantage de pouvoir être exercée non seulement pour faute contre les mœurs, mais encore pour simple répudiation sans motif. Elle ne sera donc employée qu'en cas de non existence d'enfants et lorsque le mari, bien qu'il existe des enfants du mariage, aura restitué sans retenir. En effet, l'on ne peut faire valoir par voie d'action la *retentio propter liberos*, tandis que la *retentio propter mores* donne ouverture au *judicium morum*.

168. — Cette ingénieuse théorie a soulevé de nombreuses contradictions. On a objecté que la phrase « *dos quæ semel functa est amplius fungi non potest* » ne signifie pas que la dot ne doit pas subir simultanément deux rétentions. Le mot *fungi* n'a pas habituellement le sens qu'on lui donne dans le précédent système. En outre, les mots *semel* et *amplius* indiquent qu'il s'agit dans notre espèce de deux événements successifs et non de deux causes simultanées. Enfin, l'on invoque en faveur du cumul des deux *retentiones* deux autres arguments : 1° le principe d'après lequel plusieurs actions pénales qui concourent dans le même cas ne s'excluent pas l'une l'autre, ce qui doit s'entendre également de tous moyens aboutissant à une peine privée et, par conséquent, des rétentions ; 2° cette considération que, sans le cumul, il n'y aurait pas d'égalité entre la punition du mari et celle de la femme dans le cas d'un divorce causé par la faute de l'un ou de l'autre. Le mari, en effet, perdrait le bénéfice du terme de restitution de la dot et serait privé de la *retentio propter liberos*, tandis que la femme ne supporterait que l'une des deux retenues ! Aussi nous croyons plus rationnel de considérer comme licite le cumul de ces diverses *retentiones*.

VII. — RÉFORMES DE JUSTINIEN.

169. — Avec Justinien, la théorie des *retentiones* disparaît, sauf en ce qui concerne les dépenses nécessaires.

La constitution de 528 (l. 11, § 2, C. *de repudiis*, 5, 17) supprime le *judicium de moribus* et deux ans plus tard une autre constitution abolit la *retentio propter mores* (l. unic., § 5, C. *de rei uxoriæ actione*, 5, 13). Justinien pense que les écarts de l'époux, qui par sa conduite donne lieu au divorce, sont suffisamment réprimés par les constitutions impériales.

Quant à la *retentio propter liberos*, elle dut logiquement se trouver abolie le jour où les sénatusconsultes Orphitien et Tertullien eurent accordé le droit de succession réciproque à la mère et à ses enfants. L'affection de la mère pour ses enfants était d'ailleurs une garantie. Dès lors, le mari, en conservant une portion de la dot *propter liberos*, eût pu être considéré comme faisant un véritable gain « *dotem lucratur maritus* » (l. l. 16, 20, § 1, 30, § 1, D. *de religiosis*, 11, 7) (1).

Les *retentiones propter res donatas vel amotas* font double emploi avec les actions déjà admises dans le droit classique.

Justinien conserve la division des impenses en nécessaires, utiles et voluptuaires. S'agit-il des dépenses nécessaires, le principe qu'elles diminuent la dot *ipso jure* reste en vigueur (§ 37, *de actionibus*, Inst. liv. IV, t. VI; l. unic. § 5, C. *de rei uxoriæ actione* 5, 13). A l'égard des impenses utiles, l'Empereur ne reconnaît pas au mari le droit de rétention; mais, sans avoir garde à l'objection tirée du fait qu'il est propriétaire de la dot, il lui accorde le droit de réclamer ses impenses utiles, lors de la dissolution du mariage, par l'action *mandati*

(1) M. Gide, *op. cit.*, p. 161.

contraria si la femme les a autorisées (*si mulieris voluntas intercedat*), et par l'action *negotiorum gestorum* dans le cas contraire (l. unic, § 5, C. *de rei uxorie actione*, 5, 13). — Quant aux impenses voluptuaires, le mari ne pourra pas s'en faire tenir compte ; il n'aura que le droit d'enlever les objets placés par lui sur le fonds dotal, sauf à n'apporter aucune détérioration, *sine læsione prioris speciei*.

170. — La suppression des retenues *propter res donatas, res amotas, impensas utiles*, n'empêchent pas toutefois le mari de compenser, avec ce qu'il doit à sa femme, les créances qu'il peut avoir lui-même contre elle à raison de ces trois causes. Sans doute, ces rétentions sont au fond de véritables causes de compensation, mais ce n'est pas la compensation que Justinien a voulu proscrire en cette matière ; son but a été d'empêcher que la restitution de la dot ne fût retardée sous de vains prétextes. Ce danger n'est pas à craindre avec la compensation ; car, tandis que la *retentio* peut s'exercer, alors même que la créance n'est pas liquide, la compensation n'est admise qu'autant qu'elle s'appuie sur un droit certain, dont la constatation facile n'entraîne ni complication, ni perte de temps (*Inst. eod. loc.*, § 30). « Il faudra donc, pour qu'elle soit rejetée dans nos trois cas, que la créance alléguée par le mari soit assez incertaine et assez peu liquide pour compliquer et allonger le procès (1) ».

VIII. — INFLUENCE DU LEGS DE LA DOT SUR L'EXERCICE DES *retentiones*.

171. — Le legs de la dot fait par le mari à la femme peut-il avoir une influence sur l'exercice des *retentiones* ?

(1) M. Accarias, II, p. 1058, note 2.

Disons tout d'abord que, les *retentiones propter liberos* et *propter mores* supposant les deux époux en présence, la question qui vient d'être posée leur est étrangère.

En ce qui concerne les impenses nécessaires, le legs ne produit aucun effet ; l'héritier du mari, poursuivi par l'action *ex testamento*, les retiendra comme si la dot eût été redemandée par l'action *rei uxoriæ*. C'est parce que les impenses nécessaires *ipso jure dotem minuunt* et que, par suite, la dot ne se trouve plus comprendre que ce qui reste (l. 5, D. *de dote prælegata*, 33, 4).

Mais, pour les dépenses utiles, la *relegatio dotis* permet à la femme de ne pas les supporter. Tel paraît être le sens de notre loi 5, D. 33, 4. Toutefois, la loi 41, § 1, D. *de legatis*, 31, semble contredire cette décision, mais on estime généralement que cette loi contient une erreur de copiste et la suppression du passage interpolé enlève toute trace d'opposition entre les deux textes (1).

La loi 5, D. 33, 4 dispense également la femme de subir la *retentio propter res donatas*. Quant à la retenue *propter res amotas*, les textes ne donnent aucune solution ; cependant le caractère particulier de cette *retentio* peut laisser supposer que le legs de la dot ne lui faisait pas obstacle.

CHAPITRE II

Passif grevant la dot de la femme.

172. — Quand la femme a donné en dot tous ses biens, le mari est-il tenu des dettes et peut-il être poursuivi par les créanciers ?

On pourrait croire, au premier abord, que le mari est un successeur universel, mais en réalité c'est un succes-

(1) Les mots à supprimer sont : *ubi vir uxori relegat*.

seur à titre singulier. Sans doute, la constitution de dot porte sur un ensemble, *universitas*, mais il n'y a pas là une transmission *per universitatem*, comprenant à la fois *ipso jure* les actions actives et passives.

Par conséquent, il ne devient débiteur des créanciers de sa femme qu'au moyen d'une novation et ceux-ci conservent simplement leur action contre leur débitrice primitive.

Cependant, la femme, en donnant tout son avoir, n'a certainement pas entendu rester chargée du passif. Aussi dans le cas où elle n'aura pas encore livré ses biens au mari, elle pourra retenir de quoi payer ses dettes.

Si nous supposons qu'elle a donné ses biens sans faire cette retenue, comment désintéressera-t-elle ses créanciers? Paul (l. 72, pr. D. 23, 3), répond qu'elle pourra répéter par la *condictio indebiti*; elle a en effet payé plus qu'elle ne devait puisqu'elle avait promis *bona sua omnia* et que *bona non intelliguntur nisi deducto cære alieno*.

Tel est le moyen qui lui est offert, lorsqu'elle s'est constitué la dot par *dictio* ou *promissio*. En cas de *datio dotis*, peut-être aurait-elle la *condictio sine causâ*, mais ce qui est certain, c'est qu'elle aurait une action *in factum* contre son mari qui commet un véritable dol en retenant la dot sans en déduire le passif.

CHAPITRE III

De l'exception *quod facere potest*.

173. — En principe, le débiteur répond de la totalité de ses dettes sur ses biens présents et à venir sans exception. Certaines personnes jouissent toutefois de la faveur de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de leurs moyens et échappent ainsi aux rigueurs qu'en-

traîne l'inexécution de la sentence. C'est cet avantage que les jurisconsultes romains appellent *exceptio quod facere potest* et que les interprètes nomment bénéfice de compétence.

174. — Cette exception est personnelle, en ce sens qu'elle ne peut être opposée par les héritiers de ceux auxquels elle est accordée (l. 1. 12 et 13, D. *solutio matrimonii*, 24, 3). Voici la règle. Cependant, par faveur, les enfants issus du mariage, poursuivis en restitution de la dot, ne doivent être également condamnés que *in id quod facere possunt* (l. 18, pr. D. *h. t.*). Ce bénéfice s'étendait peut-être même aux petits-enfants (argument de la loi 48, D. *h. t.*). — (Contra, Duaren sur la loi 18.)

Bien qu'obligé *in solidum*, l'héritier du mari a le droit d'exercer sur la dot les retenues *quæ ad pecuniariam causam respiciunt*, c'est-à-dire *ob res donatas et amotas et impensas* (l. 15, § 1, D. *h. t.*).

L'exception était opposable aux héritiers du créancier (l. 27, D. *h. t.*) et même au Trésor impérial poursuivant le remboursement de la dot confisquée sur la femme (l. 36, D. *h. t.*).

175. — Peuvent se prévaloir de ce bénéfice : l'ascendant à l'égard du descendant, le patron à l'égard de l'affranchi, les associés entre eux, depuis Antonin le Pieux le donateur à l'égard du donataire, le fils de famille exhéredé, émancipé ou renonçant à l'hérédité paternelle pour les obligations par lui prises alors qu'il était *in potestate*, le militaire pour ses dettes contractuelles, le débiteur qui a fait la cession de ses biens à ses créanciers.

Les époux, dans leurs rapports réciproques, jouissent également du privilège de n'être condamnés que dans la limite de leurs moyens. Primitivement admise dans le cas où le mari était poursuivi en restitution des biens dotaux (*Inst.* livre IV, t. 6, § 37) et dans l'hypothèse où la dot était réclamée en exécution de la promesse que la

femme en avait faite (l. 17, § 1, D. *soluta matrimonio*, 24, 3), cette faveur fut étendue par Antonin le Pieux à toute action contractuelle née entre époux pendant le mariage (l. 20, D. *de re judicata*, 42, 1). Mais le droit commun était applicable pour les créances postérieures ou antérieures à cette époque.

En outre, l'exception *quod facere potest* est encore accordée au père du mari répondant à l'action *rei uxoris* pourvu qu'il soit exempt de dol (l. l. 15, § 2 et 16, D. *soluta matrimonio*, 24, 3).

En ce qui concerne le père de la femme actionné en paiement de la dot qu'il s'est engagé à livrer, il existait une controverse que nous avons exposée plus haut (n° 82).

176. — L'exception *quod facere potest*, admise uniquement dans les actions contractuelles, était refusée quand les obligations étaient issues d'un fait illicite.

177. — Relativement à notre exception, il y a lieu de considérer la perte survenue, soit pour les biens dotaux, soit pour les biens personnels du mari. Mais, tandis qu'à l'égard de ses biens propres le mari ne tient compte que de son dol commis en haine de la femme, il répond, quant aux biens dotaux, de son dol, quelque en ait été le mobile, et même de sa faute (l. 18, § 1, D. *soluta matrimonio*, 24, 3). Ces pertes sont, dans cette limite, portées à son actif.

178. — Le mari ne peut renoncer par avance à se prévaloir de ce privilège. En conséquence, Ulpien (l. 14, § 1, D. *h. t.*) prononce la nullité du pacte par lequel il aurait convenu « *ne in id quod facere possit condemnatur sed in solidum* ». Le jurisconsulte base cette solution sur le respect que la femme doit à son époux, mais il faut ajouter que cette prohibition repose en outre sur le motif plus général qu'il n'est permis à personne d'abdiquer sa liberté (1).

(1) Voir M. Accarias, II, n° 919.

179. — Supposons que le juge ait, par ignorance, condamné le mari *in solidum* : la sentence ne prévaudra cependant pas contre le droit et la condamnation pourra être restreinte dans ses justes limites au moyen d'une exception de dol (l. 17, § 2, D. *h. t.*).

180. — Dans le droit classique, le débiteur, condamné en vertu de l'exception *quod facere potest* à une somme inférieure au montant de sa dette, ne pouvait plus être recherché pour le surplus, puisque son obligation civile disparaissait par l'effet de la *litis contestatio*. Seule, une obligation naturelle subsistait (1). Pour éviter cette injustice, le créancier était en droit d'exiger, avant le jugement, que le débiteur promît de payer le restant, le jour où il en aurait la faculté. Le *Digeste* (l. 63, § 4. *pro socio* 17, 2) ne fait mention de cette stipulation que pour l'associé, mais il est vraisemblable qu'elle profitait également aux époux (l. unic. § 7, C. *de rei uxoriæ actione* 5, 13). L'obligation naturelle qui remplaçait l'obligation civile servait de base à cette promesse. Lorsque plus tard la *litis contestatio* n'éteignit plus le droit litigieux, la stipulation, dont s'agit, perdit sa raison d'être ; sa seule utilité fut de prévenir les contestations qui auraient pu surgir sur l'interprétation du jugement.

181. — Comment se calculait l'actif du débiteur jouissant du bénéfice de l'exception *quod facere potest* ? Les personnes qui peuvent invoquer cet avantage ne sont pas toutes traitées de la même manière. Parmi elles le donateur profite d'une situation privilégiée, en ce sens que de son actif l'on déduit : 1° le montant de ses dettes qui n'ont pas leur cause dans une donation ; 2° et une somme suffisante pour lui permettre de ne pas tomber dans l'indigence « *ne egeat* » (l. 19, § 1, D. *de re judicata*, 42, 1. — l. 30, *h. t.*). — Pour les autres bénéficiaires de cette exception et par conséquent

(1) Voir M. Machelard, *Obligations naturelles*, p. 505 et 506.

pour le mari, la condamnation porte sur l'actif brut de leur patrimoine calculé sans aucune déduction des dettes autres toutefois que celles résultant d'un jugement antérieur (l. 16, l. 19 pr. D. *h. t.*). Les parties sont libres néanmoins d'apporter des dérogations à cette règle. S'il a été inséré la clause « *quum potero* », les dettes devront être déduites ; si la promesse porte « *quum commodum erit* », l'on défalquera non seulement les dettes mais encore somme suffisante au mari pour soutenir son rang (l. 125, D. *de verborum significatione*, 50, 16).

La masse active brute se détermine au jour de la *condemnatio* et non au jour de la *litis contestatio* ; elle se compose des biens actuels du débiteur augmentés de la valeur des choses dont il s'est appauvri par dol.

182. — Justinien voulut assimiler au donateur les autres personnes jouissant du bénéfice de l'exception *quod facere potest*. Il décida qu'elles auraient aussi le droit de retenir ce qui leur était nécessaire pour vivre « *ne egeant* » (l. 173, pr. D. *de regulis juris*, 50, 17). Mais l'empereur aboutit à un résultat nul en négligeant de leur étendre l'autre privilège réservé au donateur, c'est-à-dire la faculté de déduire le montant de leurs dettes. En effet les créanciers qui n'auront pas été désintéressés viendront enlever au débiteur ce qu'il avait conservé pour subvenir à ses besoins.

SECTION III

DÉLAI DANS LEQUEL DOIT ÊTRE OPÉRÉE LA RESTITUTION DE LA DOT.

183. — Si la dot consiste en corps certains, le mari doit restituer sans délai les choses mêmes qu'il a reçues, parce qu'il est tenu de les avoir toujours à sa disposition. Quand la dot a pour objet des choses qui se déterminent par le poids, le nombre, ou la mesure, il a paru équitable d'accorder un délai au mari et de fractionner son obligation en trois parties égales payables en trois années par tiers, à compter de la dissolution du mariage (Ulpien, VI, § 8). Le mari aura de la sorte tout le temps nécessaire pour se procurer les choses qu'il doit rendre.

184. — On admet que la femme était en droit de réclamer immédiatement sa dot toute entière aussi bien à l'égard des quantités qu'à l'égard des corps certains, sans être obligée de faire insérer une *præscriptio* dans la formule. L'opinion contraire aboutirait à un résultat inacceptable : « Supposons un divorce, dit M. Accarias (1) ; si la femme ne pouvait pas agir tout de suite, elle ne pourrait pas non plus mettre son mari en demeure, et par conséquent, venant à mourir avant l'échéance du terme, elle ne transmettrait rien à ses héritiers. Son action se trouverait donc éteinte pour une cause qu'elle n'aurait pas pu prévenir ».

185. — La femme demandera donc toute sa dot, même avant l'échéance du premier terme, et le mari sera tenu de donner *satisfactio* pour sûreté de la restitution à opé-

(1) M. Accarias, *op. cit.*, II, p. 1050, note 1.

rer dans les délais fixés. Est-il dans l'impossibilité de fournir la *satisfactio* exigée, il sera condamné par le juge à une restitution immédiate, en tenant compte toutefois de la perte de jouissance qui lui est imposée ; et s'il se refuse, par mauvaise volonté à fournir des fidéjusseurs, il sera condamné *in solidum* sans aucune déduction. C'était au juge d'apprécier quel était le parti à suivre, mais, dans la pratique, il préférait condamner à la restitution immédiate, *deducto commodo temporis*. La femme n'était pas reçue à demander que la dot fût restituée à terme plutôt que de subir la déduction proportionnelle (l. 24, § 2, D. *soluta matrimonio*, 24, 3). Toutefois les parties étaient libres de déroger aux règles précédentes en stipulant que la restitution aurait lieu immédiatement « *nisi, ut præsens reddatur* » (Ulpien, VI, § 8). Mais, il ne leur était pas loisible de convenir pendant le mariage que l'exigibilité serait reculée, pas plus d'ailleurs qu'il ne leur était permis d'affranchir le mari de la restitution (l. l. 15 et 16, D. *de pactis dotalibus*, 23, 4). Néanmoins, si le mariage prenait fin par le divorce, le terme de la restitution pouvait être valablement prorogé, pourvu qu'il y eût une juste cause d'augmenter le délai (l. 18, D. *h. t.*).

Toutes ces distinctions n'avaient d'intérêt qu'au cas où la dot était réclamée par l'action *rei uxoriæ*.

186. — Abandonnant la distinction si rationnelle admise à l'époque classique, Justinien adopta de nouveaux délais de restitution pour la nouvelle action *ex stipulatu* qu'il venait de créer. Désormais, les époques de remboursement furent fixées comme suit :

1° Si la dot consistait en immeubles non estimés, le mari devait la rendre à la dissolution du mariage avec les fruits perçus à partir de cette époque.

2° Si la dot était mobilière, il était tenu de la restituer dans le délai d'un an sans distinguer entre les quanti-

tés et les meubles corps certains. En cas de retard dans l'exécution de son obligation, le mari devrait payer en outre les intérêts à 4 pour cent des sommes d'argent apportées en mariage et ce à *compter de l'expiration* de l'année.

Quant aux fruits et revenus des meubles corps certains, ils étaient dus, comme ceux des immeubles, *dès la dissolution* du mariage. Dès lors il était peu logique de fixer pour ces meubles une époque de restitution autre que celle des immeubles (l. unic. § 7, C. *de rei uxoriæ actione*).

DROIT FRANÇAIS

DE LA PERCEPTION

DES DROITS D'ENREGISTREMENT

EN MATIÈRE DE CONVENTIONS MATRIMONIALES

PRÉLIMINAIRES

1. — Le contrat de mariage est l'acte, *instrumentum*, qui contient le règlement des droits respectifs des futurs époux quant à leurs intérêts pécuniaires présents et à venir.

C'est, sans contredit, le plus important des contrats ; il intéresse non seulement les époux, mais encore les tiers qui sont appelés à traiter avec eux.

2. — Les stipulations qu'il renferme sont indistinctement appelées *conventions matrimoniales*. Cette expression comprend, en réalité, deux ordres de stipulations bien différents : les *conventions matrimoniales proprement dites* et les *dispositions qualifiées d'indépendantes*.

Au sens technique et restreint du mot, les *conventions matrimoniales* sont les stipulations qui constituent principalement le contrat de mariage et présentent un caractère d'association ; telles sont la déclaration, la

constatation et la reconnaissance des apports, l'adoption d'un régime.

Par *dispositions indépendantes*, on entend les stipulations qui ne se rencontrent qu'accessoirement dans les contrats de mariage et ne peuvent être considérées comme étant de l'essence, ou, tout au moins, une conséquence directe et forcée de ces contrats. Elles varient à l'infini. Citons, à titre d'exemples, les donations faites aux époux et aux enfants à naître du mariage, les donations entre époux, les reconnaissances de dettes dans les déclarations d'apports, en présence ou de l'aveu implicite des débiteurs ou des créanciers.

3. — Nous nous proposons de traiter, au cours de cette modeste étude, les différentes questions relatives à la perception des droits d'enregistrement sur les *conventions matrimoniales proprement dites*, à l'exclusion des dispositions indépendantes. Qu'il nous suffise, en ce qui concerne ces dernières, de poser en principe qu'elles donnent lieu à la perception de droits fixes, gradués ou proportionnels particuliers, d'après leur nature(1). L'article 68, § 3, n° 5 de la loi du 22 frimaire an VII le déclare expressément pour le droit fixe des donations éventuelles : « *Le droit pour ces dispositions par acte de mariage sera perçu indépendamment de celui du contrat.* » M. G. Demante dans son *Traité des principes de l'enregistrement* ajoute : « pour le droit proportionnel, il en est de même, cela va sans dire » (2). Même solution pour le droit gradué.

4. — Les conventions matrimoniales peuvent varier au gré des futurs époux, à la seule condition de ne pas être contraires aux bonnes mœurs (1387, C. civ.), de ne pas déroger aux droits résultant de la puissance maritale

(1) Article 41 de la loi du 22 frimaire an VII.

(2) M. G. Demante, *Traité des principes de l'enregistrement*, 4^e édition, II, n° 615.

et paternelle (1388, C. civ.) et de ne pas changer l'ordre légal des successions (1389, C. civ.).

Le Code donne comme types cinq espèces de régimes :

1° La communauté légale (1400 à 1496, C. civ.) ; 2° la communauté conventionnelle (1497 à 1528, C. civ.) ; 3° l'exclusion de la communauté (1529 et 1530 à 1535, C. civ.) ; 4° la séparation de biens (1529 et 1536 à 1539, C. civ.) ; 5° et le régime dotal (1540 à 1581, C. civ.).

Si les futurs époux n'ont pas fait de contrat, la loi suppose qu'ils ont entendu se soumettre au régime de la communauté légale (1393 et 1400, C. civ.). Il est également admis, en principe, que les époux seront tenus pour avoir adopté ce régime, si leur contrat est entaché de nullité (1).

6. — Il ne suffira pas d'exposer les règles de la perception des droits d'enregistrement sur le contrat de mariage lui-même, lors de la formation de la société conjugale. Restreinte à ces proportions, l'étude de la matière serait incomplète. En effet : « Indépendamment de sa » formation cette société a comme toutes les autres, suivant l'expression du rapporteur de la loi civile au Tribunalat, ses progrès et sa dissolution. Il faut la suivre dans ses diverses phases au point de vue de l'enregistrement » (2).

7. — Voici l'ordre des questions que nous étudierons :

Dans la première partie, il sera traité de la perception des droits lors de la formation de la société conjugale.

Nous aurons à examiner :

1° Les conditions que doit réunir l'acte soumis à l'enregistrement pour être tarifé comme contrat de mariage ;

2° Comment, quand et par qui sont payés les droits dont le contrat de mariage est passible et quels sont les

(1) En ce sens Cass., 9 janvier 1855. Dalloz, 55, 1, 28.

(2) Dalloz, *Rép. de législation*, v° *Enregistrement*, n° 3465.

principes généraux gouvernant la restitution des droits perçus ;

3° Le tarif applicable aux conventions matrimoniales ;

4° La nature de ces conventions et les règles propres à chacune d'elles.

La deuxième partie sera consacrée à l'exposé des suites des conventions de mariage.

1° Nous verrons d'abord les actes intervenant pendant la durée du mariage et, à ce propos, la théorie du remploi et du retrait d'indivision ;

2° Puis, nous nous occuperons des conséquences de la dissolution de la société conjugale et notamment de la question des reprises.

8. — Quels sont les guides à suivre dans l'étude des questions d'ordre fiscal ? Il ne faut pas hésiter à répondre que ce sont les principes du droit civil. En effet, comme le dit M. G. Demante (1), « loin que les règles de la perception découlent exclusivement des lois spéciales, il » n'est pas une seule question fiscale qui ne suppose au » préalable une question d'ordre purement civil, car, si la » loi fiscale fixe le tarif de l'impôt et en règle la liquidation, le droit civil en détermine l'exigibilité. Dire que » l'interprétation de la loi fiscale est étrangère au droit » civil, c'est dire qu'on peut tirer la conséquence d'un » raisonnement sans en connaître les prémisses ».

(1) *Op. cit.*, 4^e édition, I, n° 3.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PERCEPTION DES DROITS LORS DE LA FORMATION DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS QUE DOIT RÉUNIR L'ACTE SOUMIS A
L'ENREGISTREMENT
POUR ÊTRE TARIFÉ COMME CONTRAT DE MARIAGE.

9. — Ce chapitre comporte l'examen des deux points suivants :

§ 1^{er}. Faut-il que le contrat de mariage soit valable civilement pour donner lieu à la perception des droits ?

§ 2. Faut-il considérer comme contrats de mariage certains actes qui interviennent à propos du mariage ?

§ 1^{er}. — *Faut-il que le contrat de mariage soit valable civilement pour donner lieu à la perception des droits ?*

10. — Nous étudierons séparément la validité du contrat de mariage en tant qu'*instrumentum* et la validité des conventions matrimoniales renfermées dans ce contrat.

I. — VALIDITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE EN TANT
QU'*instrumentum*.

11. — En tant qu'*instrumentum*, le contrat de mariage doit, pour être valable, satisfaire aux prescriptions de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, car l'article 1394 du Code civil exige que toutes conventions matrimoniales soient rédigées par acte devant notaire.

Cette dernière expression « *devant notaire* », au singulier, avait fait naître la question de savoir si le contrat de mariage échappait à la règle, d'après laquelle les actes notariés doivent être reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Tout le monde reconnaît aujourd'hui que le contrat de mariage se passe dans la forme ordinaire des actes notariés.

Le contrat de mariage sera nul totalement ou partiellement si les dispositions des articles 5, 6, 8, 9, 10, 14, 15 et 16 de la loi de ventôse n'ont pas été observées. On dit alors de ce contrat qu'il est *imparfait*.

12. — La nullité qui l'affecte peut être telle qu'elle ne lui permette pas d'avoir une existence quelconque et, par suite, de produire des effets même indirects. Dans ce cas, sans doute possible, aucun impôt n'est exigible et il y aurait lieu de restituer tous les droits qui auraient été perçus sur un tel acte, à l'exception du droit fixe conservé comme salaire de la formalité (1).

Il en est ainsi quand le contrat n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties (2).

Si le notaire apposait sa signature sur le contrat non signé de toutes les parties et le faisait signer par un second notaire, ou par deux témoins, il lui donnerait le caractère authentique et devrait le présenter à l'enre-

(1) Nous verrons plus loin que le droit gradué est également restituable. *Infra*, n° 52.

(2) Argument de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

gistroment dans le délai de l'article 20 de la loi de frimaire, mais il n'y aurait lieu qu'au droit fixe de 3 francs applicable aux actes innomés.

13. — Cependant, le contrat n'est pas toujours imparfait au point d'être complètement inefficace. Il pourra arriver qu'il soit nul, en tant qu'acte authentique, mais valable comme sous seing privé, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes (1).

Ce résultat se présentera dans les trois cas suivants :

1° Le contrat a été signé par toutes les parties mais n'a pas été revêtu de la signature du notaire rédacteur. — MM. Championnière et Rigaud (2) et plusieurs jugements et arrêts admettent que ce contrat pourra n'être présenté à l'enregistrement que dans les délais indiqués pour les actes sous seing privé (3).

Un arrêt de rejet du 2 novembre 1807 décide que le notaire, qui n'a pas fait enregistrer ce contrat, ne saurait être condamné à l'amende.

2° Le contrat, signé par les parties et le notaire rédacteur, n'est pas revêtu de la signature du notaire en second ou des témoins instrumentaires. — Il ne donne pas lieu à l'enregistrement comme acte notarié, ainsi que le dit un arrêt de la chambre des requêtes du 25 mars 1834, mais il vaut comme acte sous seing privé (4).

3° Le contrat n'est pas authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ministériel. — L'article 1318 du Code civil dit expressément que cet acte vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties.

14. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire, pour que le

(1) Article 68 de la loi du 25 ventôse an XI combiné avec l'article 1318 du Code civil.

(2) *Traité des droits d'enregistrement*, nos 163 et 365.

(3) En ce sens, Espalion, 19 août 1847, *Rép. pér.* 925. Châteauroux, 10 août 1857, *Rép. pér.* 9853. Dalloz, v° *Enregistrement*, nos 212 et 5003. — *Contrà*, Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, t. 1, p. 187, nos 28 et 29. — Garnier, *Rép. gén.* v° *Acte imparfait*, 736.

(4) En ce sens, Agen, 24 juin 1876, J. E. 20803.

contrat imparfait ait la valeur d'un acte sous-seing privé, que les conditions prescrites par les articles 1325 et 1326 du Code civil aient été remplies. Ainsi, on ne s'attachera pas à la particularité que le contrat, bien que renfermant des conventions synallagmatiques, ne porte pas la mention qu'il a été fait en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct (1).

15. — La présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, exigée par la loi du 21 juin 1843, n'est pas obligatoire pour les contrats de mariage, alors même qu'ils contiendraient des donations (2).

16. — Mais, objectera-t-on, pourquoi s'occuper des cas où le contrat de mariage, imparfait en tant qu'acte authentique, vaut néanmoins comme acte sous seing privé, puisque la loi civile ne reconnaît d'effet qu'aux contrats de mariage notariés et, cela va sans dire, parfaits ? Voici l'intérêt de cette remarque : au point de vue de l'enregistrement, les conventions matrimoniales, constatées par acte sous seing privé, donnent, quoique absolument nulles civilement, ouverture aux mêmes droits que si elles avaient été passées devant notaire (3) ; il en doit donc être de même pour les conventions relatées dans un acte notarié qui *dégénère* en acte sous seing privé ; les deux cas sont identiques et appellent la même solution.

17. — Le contrat de mariage notarié imparfait, qui conserve la valeur d'un contrat sous seing privé, sera enregistré dans les délais impartis par les articles 22 et 23 de la loi de frimaire et l'Administration réclamera les droits aux parties et non au notaire.

Toutefois, si c'est à cause de l'incompétence ou de

(1) En ce sens Cass., 24 juin 1806. Dalloz, v° *Enregistrement*, n° 216. — Aubry et Rau, VIII, § 755, p. 217, notes 67 et 68.

(2) Rodière et Pont, *Traité du Contrat de mariage*, n° 142.

(3) Voir *infra*, n° 31.

l'incapacité de l'officier ministériel que le contrat ne vaut qu'en tant qu'écriture privée, une jurisprudence constante admet que les droits doivent être perçus comme si le contrat avait le caractère authentique (article 20 de la loi du 22 frimaire) (1).

II. — VALIDITÉ DES CONVENTIONS DE MARIAGE.

18. — Au point de vue civil, la validité des conventions matrimoniales est subordonnée à la réunion des conditions indiquées par l'article 1108 pour la validité des conventions en général. Ces conditions essentielles sont : 1° le consentement de la partie qui s'oblige ou plus exactement des contractants ; 2° la capacité de contracter ; 3° un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; 4° une cause licite dans l'obligation. Mais, en dehors de ces conditions générales, les conventions matrimoniales sont soumises à deux règles particulières dont l'observation est prescrite à peine de nullité. Le premier alinéa de l'article 1394 du Code civil exige en effet que toutes conventions matrimoniales soient rédigées : 1° avant le mariage ; 2° par acte devant notaire.

L'article 1395 ajoute qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Cette prohibition vise toutes modifications, quelles qu'elles soient, et non pas seulement, comme le pensait Toullier (2), celles qui permettraient aux époux de se faire, pendant le mariage, des donations irrévocables interdites par l'article 1096. L'intérêt des époux, de leur famille et des tiers, ainsi que l'a démontré A.-M. Demante (3), commandent cette interprétation de la loi.

(1) Garnier, *Rép. gén.*, 737.

(2) Toullier, XII, n° 24, 41.

(3) Thémis, VIII, p. 161 et 229.

Quelles sont les conséquences civiles de l'inaccomplissement de l'une des conditions requises pour la validité des conventions de mariage?

19. — 1^{ent} *Défaut absolu de consentement des futurs époux ou de l'un d'eux.* — Les conventions matrimoniales arrêtées, sans le consentement des deux époux, sont plus que nulles, elles sont inexistantes, ou plutôt nulles dans le sens étymologique du mot, suivant l'expression de M. G. Demante (1). Pour éviter toute amphibologie, on dit qu'elles sont *imparfaites*. Ainsi, l'imperfection, opposée à la nullité, a un sens particulièrement restreint, elle indique que la convention n'existe qu'à l'état de projet. Au contraire, le mot nullité éveille l'idée que la convention manque, non pas du consentement des parties, mais d'un autre élément nécessaire à son existence ou à sa validité.

Doit être assimilé au défaut absolu de consentement le fait que les conventions ont été, suivant l'usage de certaines provinces de droit écrit, rédigé hors la présence des époux représentés par leur père (2). Il n'y a pas lieu de s'attacher à cette circonstance que l'époux non présent était encore mineur et que son père s'est porté fort pour lui (3).

On admet généralement que les conventions, ainsi arrêtées, ne seront valables qu'autant que l'époux absent y aura donné son adhésion avant le mariage, dans les formes prescrites par les articles 1396 et 1397 du Code civil (4). Mais il sera plus simple, et d'ailleurs plus conforme aux principes, de refaire un nouveau contrat; c'est l'avis de M. Laurent (XXI, n° 51).

La célébration du mariage serait impuissante à cou-

(1) M. G. Demante, *op. cit.* T. I, n° 48, p. 76.

(2) Cass. 11 juillet 1853. D. 53. 1. 181.

(3) Cass. 9 janvier 1855. D. 55. 1. 28.

(4) Toulouse, 11 juin 1850. D. 52. 2, 541. Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 8, page 235.

vrir cette nullité (1), pas plus, d'ailleurs, que la ratification expresse ou tacite faite avant le mariage, dans les termes de l'article 1338 du Code civil (2).

La ratification de ces conventions imparfaites ne pourra pas davantage intervenir après la dissolution du mariage, attendu qu'il est impossible de valider le néant et que cette ratification violerait en définitive le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Si, lors de la dissolution du mariage, les parties voulaient prendre pour base du règlement de leurs intérêts pécuniaires les conventions que la loi considère comme inexistantes, elles seraient certainement libres de le faire parce que les motifs d'ordre public ont cessé, mais, comme le porte un arrêt de cassation du 6 avril 1858 (3), ce ne sont pas les conventions primitives qui revivront, c'est un nouvel acte qui interviendra.

20. — 2^{ent} *Des vices du consentement*. — Sans faire absolument défaut, le consentement d'une des parties contractantes peut être vicié pour cause d'erreur, dol ou violence (art. 1109 à 1116, C. civ.).

D'après l'article 1117, la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. La nullité qui l'affecte est purement relative ; seule, la partie lésée est admise à la requérir dans le délai indiqué par l'article 1304.

Mais, en matière de contrat de mariage, permettra-t-on à l'époux victime d'une erreur, d'un dol ou d'une violence, de demander la nullité des conventions matrimoniales ? La négative nous semble s'imposer, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions de mariage.

(1) *Contrà*, Toulouse 15 juin 1844. D. 45. 4. 110.

(2) En ce sens Cass. 6 avril 1856. Sirey 56, 2, 18.

(3) D. 58. 1. 224. Laurent, XXI, n° 52. M. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, 1^{re} série, n° 609, p. 481. — *Contrà* Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 10, p. 235.

M. Valette (1) a bien mis en lumière les raisons de décider ainsi : « Un contrat de mariage, dit-il, est valable » ou nul *ab initio* et ne peut, quant à son existence » juridique, après le mariage (que nous supposons » valable), dépendre de la volonté des parties contractantes ou de l'une d'elles..... Ce système est inconciliable avec la fixité essentielle des contrats de mariage » sur lesquels la volonté ultérieure des parties ne doit » avoir aucune prise.

« S'il n'en était ainsi, on ne pourrait jamais savoir, au » moins pendant la durée du mariage, quel serait au » juste le régime matrimonial des conjoints, puisque » les conventions portées au contrat pourraient toujours » plus tard être annulées par suite de l'allégation du » dol ou d'un autre vice du consentement (violence, erreur, etc.), qui aurait altéré ces conventions ».

Enfin, le mariage n'étant pas attaquant pour cause de dol (2), il doit en être de même des conventions qui en sont l'accessoire, et il est logique d'étendre ce raisonnement aux hypothèses voisines d'erreur ou de violence.

21 — 3^{ent} *Du défaut de capacité des époux.* — La règle *habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias; habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, n'est écrite nulle part dans la loi, si ce n'est pour le contrat de mariage du mineur (1398, C. civ.). Donc, sauf cette exception, il faut, pour arrêter les conventions matrimoniales, avoir le plein exercice de ses droits. La faculté d'aliéner et de disposer par contrat de mariage reste par conséquent, en thèse générale, soumise au droit commun (3).

(1) *Mélanges de droit et de jurisprudence*, t. II, p. 138, 139, Consultation en faveur de M. Otto Stern.

(2) Demolombe, III, n° 255.

(3) En ce sens Aubry et Rau, V, § 502, p. 235. — M. Colmet de Santerre, t. VI, n° 15 bis, VII, et suivants. — Agen, 21 juillet 1857, Sirey 57. 2.

Faisons l'application de ces principes au contrat de mariage de divers incapables.

1° *Contrat de mariage du mineur.*

D'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Si le mineur n'a pas été régulièrement assisté, le contrat est nul. Dans les contrats ordinaires (art. 1125, C. civ.), ce vice n'engendrerait qu'une nullité relative ; mais ici le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales exige que cette nullité soit traitée comme si elle était absolue. *Ab initio*, ces conventions n'étaient pas valables, cela est incontestable ; elles continueront à être inefficaces sans pouvoir être ratifiées et toute personne intéressée aura droit de se prévaloir de la nullité pendant trente ans. (Cass. 5 mars 1855. D., 55. 1. 103.)

2° *Contrat de mariage de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.*

Conformément à l'article 513 du Code civil, cet incapable ne pourra, sans l'assistance de son conseil judiciaire, faire dans son contrat de mariage une donation de biens présents ou à venir, ni se soumettre à un régime conférant à son conjoint des avantages plus étendus que ceux résultant de la communauté légale. En sens inverse, le prodigue est libre d'adopter seul un régime moins large que la communauté légale, par exemple la séparation de biens, le régime dotal et l'exclusion de communauté. Nous pensons même qu'il lui serait permis, sans aucune assistance, de se marier en

530. — Troplong, *Contrat de mariage*, I, § 97, applique d'une façon absolue la maxime « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ». — La Cour de cassation a adopté son opinion, 24 décembre 1856. Dalloz. 57. 1. 18.,

communauté légale, parce que le législateur a vu dans ce régime une sorte de balance entre les intérêts des époux.

3° *Contrat de mariage de l'interdit judiciaire.*

D'après l'opinion la plus générale, l'interdit judiciaire peut valablement se marier dans un intervalle lucide, mais il est civilement incapable de faire un contrat de mariage. Son tuteur ou ses héritiers seront donc fondés, par application de l'article 502 du Code civil, à demander la nullité des conventions qu'il a passées.

Le contrat de mariage de l'interdit judiciaire devra être fait par son tuteur, ou tout autre délégué du conseil de famille, avec l'autorisation de ce conseil. MM. Rodière et Pont se montrent plus rigoureux ; il leur paraît nécessaire de suivre, en ce qui concerne l'interdit judiciaire, les règles que l'article 511 édicte pour le contrat de mariage de son enfant et ils soumettent la délibération du conseil de famille à l'homologation de la justice (1).

4° *Contrat de mariage de l'aliéné non interdit.*

Cet individu a la capacité de se marier et de contracter pendant un intervalle lucide. Le contrat de mariage par lui fait dans un pareil moment et les libéralités, dont il a avantage son conjoint, sont donc valables.

Si l'interdiction était prononcée plus tard, et s'il était prouvé que les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque de la passation de l'acte, l'annulation du contrat pourrait être poursuivie, par application de l'article 503 du Code civil.

Après la mort de l'époux, le contrat ne serait attaquant, pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résultât de l'acte même (article 504 du Code civil).

(1) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 47.

S'il s'agissait de donations contenues dans le contrat, leur validité pourrait être attaquée, conformément à l'article 901 du Code civil, quand même l'interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée.

La nullité des conventions matrimoniales des incapables est toujours absolue et définitive, alors même que le mariage, qui dans le principe était affecté du même vice que le contrat, serait devenu inattaquable.

22. — 4^{ent} *Conventions matrimoniales rédigées après le mariage.*

La nullité de ces conventions est absolue d'une manière irrévocable et il en serait de même des changements apportés aux stipulations primitives depuis la célébration du mariage.

23. — 5^{ent} *Conventions de mariage qui n'ont pas été passées devant notaire.*

L'article 1394 du Code civil est violé quand les futurs époux rédigent leurs conventions de mariage par acte sous seing privé. La sanction de cette contravention à la loi est la nullité absolue du pacte matrimonial.

Cette nullité sera couverte par le dépôt pour minute du sous seing privé, avant la célébration du mariage. Toutes les parties contractantes devront concourir à l'acte de dépôt, autrement le contrat de mariage ne leur serait pas opposable (argument des articles 1396 et 1397 C. civ.).

24. — 6^{ent} *Les conventions ont bien été passées par acte devant notaire, mais ont été rédigées en brevet.*

Il résulte de l'article 1397 C. civ. que le contrat de mariage doit être fait en minute. S'il n'avait été dressé qu'en brevet, il serait absolument nul.

Ce vice serait effacé par le dépôt pour minute du brevet avant la célébration du mariage et il ne serait pas nécessaire que toutes les parties contractantes concourussent à ce dépôt, attendu que l'acte est déjà authentique.

25. — 7^{ent} *Des contre-lettres ou changements apportés aux conventions primitives dans l'intervalle qui s'écoule entre la rédaction du contrat et la célébration du mariage.*

Dans l'intervalle qui s'écoule entre la rédaction du contrat et la célébration du mariage, il n'est pas défendu, comme après que l'union des époux a eu lieu, d'apporter des changements aux conventions matrimoniales. Ces changements devront être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y ont été parties. Ainsi le voulaient déjà l'article 258 de la coutume de Paris et l'article 223 de la coutume d'Orléans (art. 1396, C. civ.). Pour que ces modifications soient opposables aux tiers il faut en outre, et ici le Code renchérit sur le droit coutumier, qu'elles soient rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage (art. 1397, C. civ.).

Dans l'article 1396, il est parlé de changements *ou* contre-lettres, et, dans l'article 1397, de changements *et* contre-lettres, est-ce que ces mots ont une signification spéciale et distincte ?

En général, on établit une différence entre les contre-lettres et les simples changements. On dit qu'il y a contre-lettre, quand le premier acte contient une simulation ou une diminution des droits des parties, et qu'on se trouve au contraire en présence d'un simple changement, lorsque, dans le second acte, les parties se bornent, par exemple, à modifier les termes d'un paiement, ou l'époque d'une entrée en jouissance, ou à expliquer une difficulté (1).

Mais, en notre matière, changements et contre-lettres sont des expressions synonymes et produisent les mêmes effets.

(1) Dalloz, v^o *Obligations*, n^o 3176.

25 *bis*. — Que faut-il entendre par ce passage de l'article 1396: « *Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage?* »

1^{ent} Nous considérons comme personnes parties au contrat : 1° les futurs époux, 2° le père ou la mère de l'époux mineur de 21 ans, 3° le conseil judiciaire de l'époux prodigue, 4° et les personnes qui, dans le contrat primitif, ont fait des donations aux futurs époux ou se sont engagées en leur faveur.

Nous refusons au contraire cette qualité :

1° Aux père, mère, ou autres ascendants, dont le consentement était nécessaire pour le mariage, mais sans le concours desquels le contrat de mariage pouvait être valablement fail.

Sans doute, ces ascendants n'ont peut-être donné leur consentement au mariage que parce que le contrat était fait à leur convenance, mais cette circonstance est impuissante à leur conférer la qualité de parties au contrat.

Au surplus, dans le cas où elles redouteront des surprises, ces personnes agiront sagement en allant chez le notaire revoir la minute du contrat avant de se rendre à la mairie pour donner leur consentement (1).

2° Aux ascendants qui ne doivent donner que leur conseil au mariage et ce *à fortiori*.

3° Aux ascendants d'un futur époux majeur ou à ses parents collatéraux qui ont figuré au contrat *honoris causâ*.

4° Et aux personnes qui n'interviennent au contrat qu'accessoirement, par exemple, le débiteur comparaisant pour accepter le transport de créance fait à l'époux donataire.

(1) En ce sens M. Colmet de Santerre, VI, n° 12 *bis*, IV. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, p. 260, texte et note 32. — Laurent, XXI, n° 96.

2^{ent} Pour que la contre-lettre soit valable, il est en outre nécessaire que toutes les personnes, qui ont été parties au contrat, y soient présentes et y consentent simultanément. Cette simultanéité leur permettra de s'avertir mutuellement des dangers du changement projeté.

La présence et le consentement simultané doivent être effectifs, une simple convocation, non suivie d'effet, ne suffirait pas.

Les parties pourront d'ailleurs se faire représenter par mandataire (1). Ajoutons que le vœu de la loi sera suffisamment rempli, si l'acte, revêtu de la signature de ces personnes, mentionne leur présence sans relater spécialement leur consentement, attendu que ce consentement s'induit de la présence elle-même.

Quel sera le sort de la contre-lettre, si l'une des parties au contrat refuse de donner son concours, ou bien est décédée ou devenue incapable ? — L'absence d'une des personnes qui ont été parties au contrat n'aura pas toujours les mêmes conséquences.

Il est clair que la contre-lettre sera absolument nulle, si c'est un des futurs époux qui ne donne pas son consentement. L'obligation de simultanéité de présence et de consentement s'applique également aux futurs époux, qui ne pourront modifier leur contrat par des actes séparés.

Même nullité absolue dans le cas où l'ascendant, dont l'assistance est nécessaire pour habiliter les futurs époux incapables, refuserait son consentement. — Si cet ascendant était décédé ou devenu incapable, il serait remplacé par les personnes qui auraient qualité pour assister le futur époux, s'il s'agissait de son contrat de mariage.

Mais la nullité de la contre-lettre est-elle encore absolue quand c'est un donateur, autre qu'un ascendant dont la présence est indispensable au contrat, qui volontairement, ou par suite de décès, ou d'incapacité, ne donne

(1) Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, texte p. 261.

pas son concours au changement apporté au contrat de mariage ? — Non ; la contre-lettre est valable. Les futurs époux ont la liberté de modifier leur contrat de mariage, hors la présence et sans le consentement de ce donateur, et n'ont pas besoin pour cela de faire un nouveau contrat (1). Seulement, comme le donateur n'a pas approuvé la modification survenue, les futurs époux seront censés avoir renoncé à la donation contenue dans le contrat. Voilà en quel sens la contre-lettre sera nulle, ce ne sera qu'à l'égard du donateur.

Le système qui refuse aux futurs époux d'apporter, sans le concours de ce donateur, aucun changement valable à leurs conventions de mariage au moyen de contre-lettres et les oblige, en ce cas, de résilier leur contrat primitif et d'en faire un nouveau, offre un grand inconvénient pratique. Il force les parties, qui ont déjà payé les droits sur le contrat résilié, à les acquitter en entier une seconde fois sur le nouveau contrat. En effet, les règles de la comptabilité publique ne permettent pas les imputations de droits d'un acte sur un autre. Sans doute, la première somme versée par les futurs leur sera restituée, mais ce double déboursé, quoique provisoire pour partie, n'en est pas moins onéreux pour les contribuables.

Si les changements apportés aux conventions primitives sont réguliers, il faut les considérer comme une dépendance de ces conventions et il est nécessaire de les combiner avec elles pour la détermination de la quotité des droits à percevoir.

Y ajoutent-ils ? un supplément de droits sera perçu, d'après les règles qui ont servi à fixer l'impôt sur le contrat lui-même ; n'y font-ils aucune addition ? le droit fixe applicable aux actes innomés sera seul exigible ;

(1) En ce sens M. Colmet de Santerre, VI, n° XII bis, III. — *Contrà*, Laurent, XXI, n° 99.

enfin, s'ils retranchent, il y aura lieu à restitution (1). Nous verrons plus loin (2) que le contrat de mariage est un acte conditionnel, enregistré avant le mariage par une pure tolérance des parties, et auquel l'article 60 de la loi de frimaire est complètement étranger.

26. — Les conventions matrimoniales et contre-lettres nulles pour vices du consentement, incapacité, ou parce qu'elles ont été faites après la célébration du mariage, ou en dehors des formes prescrites par la loi, ne peuvent être validées, pendant le mariage, par aucune confirmation soit expresse, soit tacite. L'immutabilité de ces conventions s'oppose également à toute ratification après la dissolution du mariage et, ainsi qu'on l'a dit à propos du défaut absolu de consentement, les parties, qui prendraient pour base de la liquidation de leurs droits ces conventions ou contre-lettres nulles, se trouveraient procéder à leurs règlements en vertu d'un acte nouveau (3).

27. — *Résumé.* — En dernière analyse, il n'y a donc en matière de conventions matrimoniales que des nullités absolues. Quant aux nullités relatives, ou bien il n'en est pas tenu compte, par exemple en cas d'erreur, de dol, ou de violence, ou bien elles sont assimilées pour leurs effets aux nullités absolues; c'est ce qui a été admis à propos de l'incapacité des parties contractantes.

Quelle est l'influence de la nullité des conventions de mariage au point de vue de la perception des droits ?

28. — Ceci posé, demandons-nous si la nullité des conventions matrimoniales, qui est toujours absolue,

(1) Sol. 25 septembre 1812. Voir Rodière et Pont, *op. cit.*, n° 291 à 294.

(2) *Infra*, n° 40.

(3) Sur la responsabilité des notaires, en matière de délivrance de grossesses et expéditions de contrats de mariage, à la suite desquels des contre-lettres ont été rédigées, voir M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, 13 bis, IV et V.

fait obstacle à la perception des droits d'enregistrement.

29. — Mettons immédiatement de côté les conventions imparfaites, c'est-à-dire celles qui n'existent qu'à l'état de simple projet par suite de défaut absolu de consentement des parties.

Aucun doute n'est possible ; ces conventions échappent à l'impôt qui, s'il avait été perçu, devrait être restitué, à l'exception du droit fixe retenu pour salaire de la formalité.

30. — Mais la question est particulièrement délicate quand il s'agit, non plus de conventions de mariage imparfaites, mais de conventions affectées de nullité pour contravention aux commandements ou aux défenses de la loi.

La nullité qui entache les conventions de mariage étant toujours absolue, nous n'avons pas à nous occuper de la nullité relative à propos de l'enregistrement. Qu'il nous suffise de mentionner que, sans controverse aucune, cette nullité n'influe en quoi que ce soit sur l'exigibilité des droits (1). M. G. Demante (2) fait remarquer justement que la situation est alors la même que pour un acte affecté d'une condition résolutoire ; or cette condition n'empêche pas de percevoir les droits.

31. — En est-il encore ainsi pour la nullité absolue ?

Il est certain qu'une grave objection contre l'exigibilité des droits d'enregistrement sur les conventions de mariage nulles absolument vient immédiatement à l'esprit. On se dit : l'impôt est exigible seulement sur les faits juridiques prévus et tarifés par la loi, or, peut-on soutenir que ces faits existent quand ils sont entachés d'une nullité absolue ? Si donc ils sont nonavenus au point de vue civil, il doit en être de même en droit fiscal et

(1) Championnière et Rigaud, n° 2005.

(2) *Op. cit.*, t. I, n° 49.

la perception d'un impôt sur des actes, qui n'entraînent aucune obligation, libération ou mutation de valeur, serait aussi injuste qu'illogique.

La majorité des auteurs (1) et une jurisprudence aujourd'hui constante décident que les conventions affectées d'une nullité absolue donnent ouverture au droit des faits qu'elles présentent.

Elles devront donc être soumises à l'enregistrement dans les délais légaux.

Ce système se justifie par la considération du caractère général de l'impôt et la nature des attributions des préposés.

La tâche du receveur consiste à discerner la nature et le caractère des conventions afin de leur appliquer le tarif qui leur correspond. Il n'a pas à rechercher, en dehors de l'écrit, les causes diverses et non apparentes d'invalidité des conventions. Il assure la date et la conservation des actes sur les registres ; il perçoit l'impôt et, pour remplir sa double mission, tant à l'égard des citoyens que vis-à-vis du Trésor, il n'a pas à s'inquiéter du fait qu'un acte, présentant d'ailleurs toutes les apparences de validité, renferme des conventions pouvant être nulles entre les parties.

Deux arrêts de la Cour de cassation indiquent fort bien les raisons de décider ainsi.

Le premier de ces arrêts rendu le 15 février 1854 contient ces considérants : « Attendu que la loi ne reconnaît pas de nullités de plein droit ; que les nullités, fussent-elles absolues, les actes qu'elles vicient n'en conservent pas moins tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés, soit sur la demande des parties intéressées, soit dans certains cas par les Tribunaux prononçant d'office ou sur la réquisition des fonctionnaires investis

(1) M. G. Demante, *op. cit.*, t. 1, n^{os} 47 à 51. — M. Naquet, *Traité des droits d'enregistrement*, t. I, n^{os} 93 à 96. — Garnier, *Rép. gén.*, 11 851.

du droit de leur dénoncer ces actes dans un intérêt général et d'ordre public ; que ce droit n'a pas été confié à la régie de l'enregistrement ; que, dans la sphère de ses attributions toutes spéciales, sa mission se borne au recouvrement de l'impôt qu'elle est chargée de percevoir ; qu'il ne lui appartient pas, *sauf le cas de fraude ou de simulation*, de rechercher la valeur obligatoire des actes qui, en dehors des applications de la loi fiscale dont elle doit assurer l'exécution, ne sont pas soumis à son contrôle ; que la Régie a toujours repoussé et avec raison la prétention élevée par les contribuables de soustraire les actes sous prétexte de leur nullité aux perceptions qui doivent les frapper » (1).

Le second arrêt, rendu le 27 décembre 1876, porte : « Attendu que la seule existence des actes suffit pour donner ouverture aux droits d'enregistrement, encore bien qu'ils puissent être annulés pour vice absolu et d'ordre public ; que le receveur n'a pas mission d'apprécier leur efficacité légale » (2).

Diverses raisons ont été mises en avant contre cette théorie ; il est nécessaire de les passer rapidement en revue.

1^{er} *Argument*. — Les articles 34 et 40 de la loi de frimaire et l'article 43 du décret du 1^{er} mars 1808 sur les majorats montrent que le receveur est juge de la nullité des actes et que les droits d'enregistrement cessent d'être dus sur les actes nuls (3).

L'article 34 frappe de nullité certains actes d'huissiers, non enregistrés dans le délai fixé, et prononce contre le contrevenant une peine consistant à payer, outre l'amende, une somme *équivalente* au montant du droit de l'acte non enregistré.

(1) *Instruction* 2015, § 7.

(2) Sirey, 77. 1. 130.

(3) Pour toute cette partie voir M. G. Demante, *op. cit.*, t. I, n° 50.

Il y a lieu de remarquer que c'est une amende et non un droit d'enregistrement proprement dit qui est perçu et que, sans la disposition de l'article, le droit des actes innomés serait seul exigible.

D'autre part, l'article 40 annule certaines contre-lettres et décide que, lorsque l'existence en sera constatée, il sera exigible, à titre d'amende, une somme triple du droit *qui aurait eu lieu* sur les sommes et valeurs ainsi stipulées. La perception a lieu pour le tout à titre d'amende.

Quant au décret du 1^{er} mars 1808 sur les majorats, il prohibe dans son article 41 les actes d'aliénation concernant les biens des majorats et, dans son article 43, défend aux préposés de les enregistrer.

La réponse à faire à ce premier argument est que, dans les hypothèses des articles 34 et 40 de la loi de frimaire, l'annulation des actes est prononcée par le législateur lui-même pour contravention à la loi de l'enregistrement. Si la perception ne peut avoir lieu à titre d'impôt, mais à titre d'amende de contravention seulement, c'est à cause du caractère ostensible de la nullité édictée par la loi. L'impôt est au contraire exigible « lorsque le soupçon d'invalidité qui plane sur le contrat ne s'est point encore, par la déclaration du pouvoir compétent, transformé en une annulation manifeste » (1).

Pour ce qui est du décret de 1808, il ne constitue qu'une mesure politique exceptionnelle, sans influence par conséquent sur la solution de notre question.

2^e *Argument*. — On ne peut faire supporter le droit de titre aux conventions qui ne formeront jamais un titre, qui ne sont susceptibles d'aucune confirmation et dont l'exécution n'engendrera tout au plus qu'un fait de possession.

Cet argument, quelle que soit sa gravité, n'est pas

(1) M. Garnier, *Rép. gén.*, n° 11847. — Voir M. G. Demante, *op. cit.*, I, n° 50, VIII.

décisif. En effet, si les droits sont exigibles même sur les actes nuls absolument, cela tient à ce que la loi s'est attachée, en cette matière, non à l'existence réelle des conventions, mais à leur seule existence fictive pour déterminer l'exigibilité des droits.

Bien plus, comme toute nullité n'opère qu'autant qu'elle a été reconnue et prononcée par le juge, l'acte le moins valable est susceptible d'exécution. Cette exécution peut même être irrévocable, lorsque, ainsi qu'il arrive souvent, la nullité, même absolue, laisse subsister une obligation naturelle (1). Enfin, quand bien même les conséquences de l'acte nul pourraient être anéanties dans la suite, son exécution n'en produirait pas moins encore un effet actuel important; elle colorerait la possession du détenteur à qui elle assurerait dans les procès le rôle plus avantageux de défendeur.

Spécialement, en ce qui concerne les conventions de mariage, la nullité n'a aucune influence sur les mentions du contrat relatives aux déclarations et reconnaissances des apports.

La nullité, même absolue, n'étant pas toujours complètement destructive de toute efficacité, la perception des droits, si rigoureuse qu'elle soit, n'est donc pas tout à fait injustifiable.

3^e *Argument*. — Il n'est pas juste de défendre aux parties d'invoquer contre l'Administration la nullité absolue des actes parce que la balance ne sera plus égale entre les contribuables et le Trésor qui pourra, lui, se prévaloir de cette nullité.

Cette objection n'est point probante. Il n'est pas exact de prétendre que l'Administration ait la faculté de faire prononcer à son gré, selon son intérêt, la nullité d'un acte. « L'impôt de l'enregistrement suit d'une façon ac-

(1) En ce sens, M. G. Demante, *op. cit.*, I, n° 50 et les arrêts et jugements cités à la note 1, page 82.

cessoire les opérations des parties ; les actes sont pour l'Administration ce qu'ils sont pour les parties elles-mêmes..... Si l'acte a des vices, mais que ces vices ne soient pas dirigés contre le Trésor, le préposé n'a pas qualité pour les relever. L'intérêt *indirect* que l'Administration pourrait avoir parfois à relever cette nullité ne suffit pas pour l'y autoriser » (1). C'est en ce sens que s'est prononcé M. le Procureur général Paul Fabre dans ses conclusions en audience solennelle de la Cour de cassation (2).

4^e *Argument*. — MM. Championnière et Rigaud (3) invoquent que, dans l'ancien droit fiscal, un principe fondamental était que l'impôt établi sur les contrats par une loi ne s'adressait qu'aux contrats réguliers produisant tous les effets que le droit civil attache aux conventions qu'il sanctionne (4). Les lois constitutives des droits réels (5), tels que lods et centième denier étaient interprétées d'après ce principe et il n'était dû qu'*un droit de salaire* (droit de contrôle et d'insinuation) sur les actes nuls.

Si la cause, pour laquelle les droits de centième denier, lods et ventes, avaient été perçus, était déclarée nulle *ab initio*, les droits, sauf ceux de salaire, étaient restituables quoique régulièrement payés (6).

Or, disent les savants auteurs, la loi du 22 frimaire n'a pas abrogé ces règles : « le silence du législateur sur un principe fondamental de notre plus ancien droit

(1) M. G. Demante, *eod. loc. cit.*

(2) Cass. Ch. réunies, 12 mai 1870. D. p. 70, 1. 225.

(3) *Op. cit.* I, 238.

(4) « *Gabellæ non debentur ex contractibus nullis aut invalidis.* » Dumoulin, § 33, n^{os} 32 et suivants.

(5) Ces droits *réels* correspondent à nos droits proportionnels de transmission.

(6) Cependant, quand il s'agissait de droits simplement annulables ou restituables, il fallait, pour que le droit ne fût pas dû, que la rescision eût été demandée dans des délais légaux.

public, constamment reconnu et respecté jusqu'à lui, suffit assurément pour faire décider qu'il existe encore ».

Cette interprétation n'a pas prévalu.

Sans doute, dans l'ancienne législation, on distinguait, au point de vue de la restitution, les droits de contrôle et d'insinuation des droits réels, et seuls, en principe, les droits réels pouvaient être restitués, que la nullité fût absolue ou relative.

Mais, aujourd'hui, l'article 60 de la loi de frimaire pose comme règle qu'aucun droit n'est restituable. Cet article dit « *tout droit* », il exclut donc toute distinction, aussi bien entre les droits proportionnels (autrefois *droits réels*) et les droits fixes (autrefois *droits de contrôle et d'insinuation*) qu'entre les contrats frappés de nullité absolue et ceux entachés d'une simple nullité relative. Au fond, cette solution est très admissible quand on songe qu'une fois la nullité relative reconnue et prononcée le contrat disparaît aussi radicalement que si le vice argué eût entaché non seulement sa validité mais encore sa naissance (1). Or, concluons-nous, ce qui est vrai pour la restitution des droits doit l'être également pour la perception et la nullité absolue, pas plus que la nullité relative, n'empêchera l'exigibilité de l'impôt (2).

(1) Conf. M. Naquet, *op. cit.*, I, n° 95, p. 115.

(2) En soutenant que la loi de frimaire n'a pas supprimé les anciennes règles de perception relativement aux actes nuls, il semble que MM. Championnière et Rigault auraient dû conclure à la restitution des droits perçus, tant sur les actes nuls absolument, que sur les actes affectés d'une nullité simplement relative et annulés dans la suite. C'est du reste ce qu'à fait M. Laferrière (*Cours de droit public et administratif*, 5^e édition, t. II, p. 144), pour qui les droits sont restituables quand un jugement annule l'acte pour cause de nullité radicale. Or, selon Bosquet (v° *Résolution*, n° 3, p. 309), il y a nullité radicale, non seulement quand on peut dire *nullus est contractus*, mais aussi lorsque, par l'effet d'une action rescisoire, on dit *contractus fingitur retro nullus*. Cependant MM. Championnière et Rigaud, s'inspirant d'un passage de D'Argentré (de Laudimii, § 17) distinguent entre les actes nuls de droit et les actes annulables, et décident qu'à l'égard de ces derniers, les droits sont dus définitivement. — En outre, comme le font remarquer les rédacteurs (*Dictionnaire de l'Enregistrement*, v° Nullité

32. — Une remarque est nécessaire à l'égard des conventions de mariage nulles comme ayant été faites par acte sous seing privé, ou par acte notarié dégénérant en acte sous seing privé. Nous avons admis que ce contrat devait supporter les droits, *comme s'il avait été passé régulièrement*, attendu qu'en le tarifant la loi ne s'est pas préoccupée de sa forme. Néanmoins, les donations contenues dans ce contrat sous seing privé ne bénéficieront du tarif de faveur, applicable aux donations par contrat de mariage, que si l'acte a acquis date certaine, avant l'union des époux, par l'un des moyens indiqués dans l'article 1328 du Code civil. C'est parce que la modération du tarif n'est accordée qu'aux futurs époux et non aux personnes déjà mariées.

33. — Le contrat passé après la célébration du mariage est absolument nul. Donne-t-il ouverture à la perception des droits ? Une distinction est nécessaire :

Le contrat constate-t-il que l'union des époux a eu lieu ? nous croyons que le droit fixe applicable aux actes in-només est seul exigible, attendu que l'acte dont s'agit ne réglant pas les conventions des *futurs* époux n'est pas l'acte prévu et tarifé par la loi sous le nom de contrat de mariage (1).

Le contrat ne contient-il au contraire aucune mention avertissant le receveur de la célébration du mariage ? les principes conduisent à décider que les droits seront valablement perçus et ne seront pas restituables (2).

34. — Nous avons vu précédemment que l'Administration ne pouvait invoquer contre les contribuables la

n° 31), la doctrine de MM. Championnière et Rigaud ne semblerait s'appliquer aux actes réputés inexistants ou imparfaits qu'autant que le vice, dont ils sont atteints, serait apparent.

Toutes ces distinctions nous paraissent inconciliables avec la loi de frimaire.

(1) Conf. M. Naquet, III, n° 1104, p. 101.

(2) Voir Cass., 26 mars 1873. D. 74. 1. 137.

nullité, même absolue, du contrat fait, d'ailleurs, sans fraude des droits du Trésor. Nous en tirons cette conséquence que, si l'acte a pu, quoique nul, donner lieu à l'impôt lors de son enregistrement, il devra continuer à être tenu comme valable, par l'Administration, même à raison de ses conséquences ultérieures. Cette observation offre un intérêt pratique. Suivant ce qui a été exposé plus haut, si les parties, lors de la dissolution du mariage, prenaient pour base du règlement de leurs droits respectifs le contrat frappé de nullité, elles se trouveraient, en réalité, procéder en vertu d'un acte nouveau. Or, nous ne croyons pas que la Régie, sous prétexte que les époux, par suite de la nullité de leur contrat contenant communauté réduite acquêts, ont été soumis au régime de la communauté légale, soit fondée à contester la reprise des apports mobiliers ou des sommes provenues par succession, donation et legs. Les déclarations de succession, souscrites en tenant compte de ces reprises, ne seront pas critiquables.

§ 2. — *Des actes qui, bien qu'intervenant à propos du mariage, ne doivent pas être considérés comme contrats de mariage.*

35. — I. *Promesses de mariage.* — Comme il n'y a que le contrat de mariage qui soit tarifé nommément, les simples promesses de mariage, même authentiques, ne donnent pas ouverture au droit des conventions matrimoniales. Elles rentrent dans la catégorie des actes innomés et sont, par suite, passibles du droit fixe de 3 francs.

36. — II. *Donations éventuelles en vue du mariage.* — « Des notaires, dit M. Garnier (1), reçoivent des actes auxquels ils donnent le titre de *donation éven-*

(1) *Rép. gén.* 5181.

tuelle en vue du mariage. On se borne à faire mention du mariage projeté entre les parties, et on y stipule une donation mutuelle en vue de mariage, sans clause d'apport ni établissement ou exclusion de communauté ».

Cette donation constitue-t-elle au fond un véritable règlement matrimonial et par suite donne-t-elle ouverture au droit gradué, en plus du droit de donation éventuelle ?

La doctrine et la jurisprudence sont généralement fixées aujourd'hui en ce sens que l'acte, dont s'agit, n'est pas un contrat de mariage et que, par conséquent, il n'y a pas lieu à la perception du droit gradué en dehors du droit de donation éventuelle (1). L'Administration, après avoir accepté ce système par une délibération du 19 juin 1829, a soutenu le principe d'exigibilité du droit gradué en dehors du droit de donation éventuelle et enfin est revenue à sa première manière de voir, ainsi que le constate une solution du 9 mars 1867.

En effet, il n'est guère probable que les époux aient voulu, dans cet acte, régler les conditions civiles de leur union accessoirement à la donation mutuelle qu'ils se faisaient. Quel intérêt d'ailleurs auraient-ils eu à se soumettre par acte notarié au régime de la communauté légale, alors que la loi les y astreint d'office, à défaut de convention contraire ? Personne ne voudrait autoriser la Régie à réclamer le droit gradué à ceux qui se marient sans contrat et cependant, eux aussi, ont accepté tacitement le régime de la communauté légale. S'il en est ainsi, pourquoi deux traitements différents pour une même situation ?

De plus, rien dans les articles 1091 et 1097 du Code civil n'oblige, ainsi qu'on l'avait prétendu, les futurs

(1) Voir en ce sens Cambrai, 20 juillet 1855, *Rép. pér.* 580, auquel l'Administration a acquiescé par délibération du 13 août 1855. — La jurisprudence et l'administration belge sont du même avis, *Rép. pér.* 800.

époux qui veulent se faire une donation mutuelle à stipuler des conventions matrimoniales spéciales, autres que celles tracées par le Code au titre de la communauté légale. Selon l'expression de M. Garnier (*eod. loc. cit.*), « les articles 1091 et 1097 doivent être entendus en ce sens que les donations de biens à venir ne sont permises que *propter nuptias* ».

La solution serait encore semblable, et le droit de donation, à l'exclusion du droit gradué, devrait être perçu, quand bien même le contrat de donation mutuelle en vue du mariage mentionnerait que les futurs époux adoptent le régime de la communauté légale. C'est parce que ce contrat ne contient au fond qu'une disposition, à savoir une donation *propter nuptias*, et n'affecte en rien le régime matrimonial légal des futurs époux (1).

(1) En ce sens M. Garnier, *eod. loc.*, 5181, note 1.

CHAPITRE II

COMMENT SONT PAYÉS ET RESTITUÉS LES DROITS SUR LES CONVENTIONS DE MARIAGE.

§ 1. — *Comment sont payés les droits.*

37. — Les notaires doivent faire enregistrer les contrats de mariage dans les délais déterminés par l'article 20 de la loi de frimaire, c'est-à-dire dans les 10 jours, s'ils résident dans la commune où le bureau de l'enregistrement est établi, et dans les 15 jours, s'ils n'y résident pas.

Il résulte de l'article 29 de la loi de frimaire que les notaires doivent *acquitter* le droit des actes à enregistrer passés devant eux. Cette obligation directe et personnelle (1) de ces officiers ministériels envers le fisc est une conséquence de l'obligation que l'article 20 précité leur impose de faire enregistrer leurs actes.

Les notaires ne sont tenus que des droits auxquels donnent ouverture les conventions dont leurs actes forment le titre (2) et des droits et amendes exigibles sur les sous seing privé servant à la rédaction de leurs actes (3). La Régie devrait donc s'adresser aux parties elles-mêmes pour réclamer l'impôt sur des conventions ou mutations dont les actes notariés pourraient révélé-

(1) Cass. civ. rej., 1^{er} mars 1825.

(2) C'est ainsi que les notaires ont été déclarés débiteurs des droits même pour les dons manuels constatés dans le contrat. Cass. civ., 10 décembre 1878. *Rép. pér.* 4845.

(3) Art. 42 de la loi de frimaire avec la modification de l'art. 13 de la loi du 16 juin 1824.

ler l'existence, sans en former d'ailleurs le titre (1).

De même, les notaires ne sont débiteurs des droits que sur la teneur apparente de leurs actes. « Si donc, dit un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1834 (Sirey, 34. 1. 99), la Régie croit pouvoir attaquer ces actes sous le rapport de leur validité ou de leur régularité et leur refuser, pour quelque cause que ce soit, les effets que la loi leur attribue, c'est contre les parties pour lesquelles le notaire a reçu lesdits actes qu'elle doit intenter son action ».

Tous suppléments de droits devront être également réclamés aux parties.

Le défaut d'enregistrement du contrat dans les délais égaux entraîne pour le notaire contrevenant : 1° une amende de 10 francs si le contrat donnait lieu au droit fixe ou au droit gradué, qui au fond est un droit fixe ; 2° ou bien une amende d'un droit en sus, si le contrat était sujet au droit proportionnel (2).

Les notaires agiront donc prudemment en exigeant des parties la consignation des droits d'enregistrement. Ils pourront également, sous forme de condition suspensive, insérer, en fin de leur contrat, que les conventions arrêtées ne sortiront effet que si le montant des frais a été consigné avant l'expiration des délais d'enregistrement.

§ 2. — *A quel moment les droits sur les conventions de mariage sont-ils exigibles ?*

38. — Une question fort controversée, sinon dans la pratique des affaires, du moins en doctrine, est de savoir si les conventions de mariage doivent acquitter immé-

(1) L'article 12 de la loi de frimaire le dit expressément pour la mutation secrète d'un immeuble.

(2) Art. 33 de la loi de fr. et 10 de la loi du 16 juin 1824.

()

diatement, sauf restitution, les droits d'enregistrement qu'elles encourent, ou bien s'il faut attendre, pour réclamer les droits, l'accomplissement du mariage.

Toutefois, l'on ne doit pas croire que cette discussion soit dénuée de tout intérêt pratique. Nous verrons à propos de la théorie de la restitution des droits perçus à l'occasion du contrat, que le fardeau de la preuve de la non-célébration du mariage incombera à l'Administration, ou aux parties, suivant que l'on aura admis ou non que le contrat anténuptial est subordonné de plein droit à la condition suspensive de la célébration du mariage.

39. — 1^{er} *Système*. — Toutes les stipulations contenues dans le contrat de mariage sont passibles des droits qu'elles comportent, sans qu'il soit besoin d'attendre la célébration de l'union des époux. Les droits sont régulièrement perçus de suite, mais ils sont restituables en cas de non accomplissement du mariage.

I. Certains auteurs font découler cette solution *du droit civil exclusivement*. Ils refusent au contrat de mariage le caractère conditionnel dans le sens juridique du mot *condition*. Evidemment, les stipulations du contrat n'acquerront d'existence juridique que par la célébration du mariage, mais elles ne sont pas conditionnelles, elles sont simplement subordonnées à l'accomplissement du mariage (1).

Dans ce système, il n'y a pas lieu de s'étonner que la loi fiscale, suivant en cela les indications de la loi civile, ait tarifé directement les stipulations des contrats de mariage, puisque ces contrats sont immédiatement formés et que, seuls, leurs effets sont différés jusqu'à la célébration de l'union des époux.

Néanmoins, ajoutent les partisans de cette doctrine, l'Administration devra reconnaître le caractère éventuel

(1) Voir Aubry et Rau, IV, § 302, 1^o, texte et note 2, p. 60.

de ces stipulations et restituer les droits perçus en cas de non célébration du mariage.

Cette opinion appelle les deux critiques suivantes :

1^{re} Critique. — Il n'est pas exact de prétendre que le contrat de mariage n'est pas un contrat conditionnel. Il nous paraît au contraire que c'est l'acte civil du mariage qui donne naissance à la société conjugale. Les effets du contrat sont donc tenus en suspens jusqu'à la célébration de l'union des époux. Il y a là une véritable condition tacite. Or, « la condition *tacite* suspend l'obligation, tout aussi bien que la condition *expresse* ; elle produit les mêmes effets avec autant de force » (1).

A propos de la question de savoir à partir de quel moment les conventions matrimoniales produisent leurs effets, la jurisprudence a consacré à plusieurs reprises le caractère conditionnel du contrat. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 18 décembre 1878 (2) le dit expressément et la Cour de Toulouse a partagé cette manière de voir dans un arrêt du 8 mai 1883 où nous lisons ce considérant : « attendu que les conventions antérieures nuptiales sont subordonnées à la condition suspensive » *si nuptiæ fuerint secutæ* » (3).

Le caractère conditionnel du contrat de mariage est reconnu par M. G. Demante (*op. cit.*, t. I, n° 38), par M. Garnier (*Rép. gén.*, 5265) et même par des auteurs qui, comme M. Naquet (III. n° 1059, p. 31), admettent cependant que les droits sur les contrats de mariage sont immédiatement exigibles.

2^e Critique. — Si les droits perçus l'ont été régulièrement, l'article 60 de la loi de frimaire ne fait-il pas obs-

(1) Championnière et Rigaud, I, n° 727.

(2) Dalloz, 79.1.441.

(3) Rapporté par M. Vidal dans son *Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 132-134.

tacle à leur restitution et par suite la théorie que nous combattons ne viole-t-elle pas cet article ?

II. Aussi, a-t-on appuyé ce système de la perception immédiate des droits par d'autres arguments d'*ordre purement fiscal*.

On invoque d'abord l'ancienne jurisprudence. Depuis l'ordonnance de 1722, dit-on, les droits sur les contrats de mariage étaient acquittés immédiatement, sans attendre la célébration du mariage. C'était un usage constant auquel les rédacteurs de la loi de frimaire n'ont nullement dérogé et qui doit être considéré aujourd'hui comme consacré législativement.

Puis, pour justifier la restitution des droits au cas de non accomplissement du mariage et se défendre du reproche de violer l'article 60 de la loi de frimaire, les partisans de ce système prétendent qu'en notre matière la condition résolutoire a été substituée à la condition suspensive, en sorte que la perception immédiate est à la fois régulière et provisoire, ainsi que le déclare un arrêt de la Cour de cassation rendu le 25 mai 1841 (1) : « Attendu, dit cet arrêt, que le notaire ayant soumis à l'enregistrement l'acte contenant les clauses du mariage projeté, les droits fixes et proportionnels engendrés par les stipulations énoncées dans cet acte ont dû être exigées et ont été dès lors régulièrement perçus ; qu'en considérant l'acte de célébration comme une condition à laquelle demeuraient subordonnés les effets du contrat, la perception, n'eût-elle été alors que provisoire, a été rendue définitive et irrévocable au moyen de l'acte de célébration » (2).

Enfin, l'on termine par cette considération que ce système a l'avantage pour l'Administration de rendre les

(1) *Palais*, 41. 2. 91.

(2) *Sic*, M. Naquet, I, n° 98, p. 122. — Décision du 3 sept. 1872. D. 73. V. 208. — Solution du 12 sept. 1887, *Revue pratique de l'Enregistrement*, 2984.

notaires personnellement responsables des droits qui autrement ne pourraient être réclamés que des parties.

40. — 2^e système. — Nous pensons avec M. G. Demante (*op. cit.*, t. I, n° 38) et M. Garnier (*Rép. gén.* 5372) que, le contrat de mariage étant un acte conditionnel, les stipulations qu'il contient ne devraient logiquement donner ouverture aux différents droits dont elles sont susceptibles qu'à compter de la célébration du mariage (1). Jusque-là, le contrat n'est passible que du droit fixe. S'il en est autrement dans la pratique, c'est par une pure tolérance qui, suivant M. Garnier, « s'explique, d'un côté, par la circonstance que la célébration suit presque toujours le contrat, et, de l'autre, parce que l'Administration autorise le remboursement des droits perçus lorsque la célébration n'a pas été accomplie » (2).

L'examen historique de la perception sur les actes conditionnels nous confirme dans cette opinion. Dans l'ancien droit, la jurisprudence et les auteurs admettaient que les lods et ventes n'étaient exigibles sur les ventes conditionnelles qu'après l'accomplissement de la condition. L'article 2 de la loi des 5-19 décembre 1790 consacrait le même principe. Aujourd'hui, malgré le silence de la loi de frimaire, on tient comme certain que les droits ne sauraient atteindre les actes affectés d'une condition suspensive avant l'arrivée de cette condition.

Donc, les actes conditionnels n'acquitteront immédiatement les droits que si un texte exprès l'ordonne, comme, par exemple, l'article 14 de la loi du 25 mai 1841 sur les cessions d'office et la loi du 23 août 1871 sur les ouvertures de crédit.

Or, aucun texte ne prescrivant l'enregistrement immédiat des contrats de mariage, il y a lieu de les considérer

(1) En ce sens Championnière et Rigaud, 2996. — Dalloz, V° *Enregistrement*, n° 285.

(2) *Rép. gén.*, 5265.

comme régis par le principe général applicable aux actes faits sous une condition suspensive, voilà le point de droit.

Quant à l'argument tiré de ce que, dans l'ancienne pratique, les droits étaient payés immédiatement sur les contrats de mariage, il ne prouve qu'une chose, c'est qu'à cette époque, comme aujourd'hui, les intéressés se pliaient par tolérance à cette perception anticipée.

En outre, nous ne voyons nulle part que la condition résolutoire ait été substituée à la condition suspensive en notre matière.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1841 précité est apprécié en ces termes par M. Garnier : « Mais cet arrêt rendu au sujet d'une question spéciale n'a pas résolu la difficulté *in terminis*. Il qualifie la perception tantôt de régulière, tantôt de provisoire, mais *il ne répond pas* aux raisons tirées de la condition suspensive et de ses effets juridiques. Il n'y a en effet, croyons-nous, rien à y répondre » (1).

Dès lors, si les droits sont restituables, c'est qu'ils ont été irrégulièrement perçus.

Enfin, nous reconnaissons que ce second système est moins favorable à la Régie que le premier, mais cette considération ne peut prévaloir contre les conséquences logiques des principes et c'est au législateur seul qu'il appartient de modifier la loi s'il le juge utile.

§ 3. — *Par qui doivent être supportés les droits sur les contrats de mariage.*

41. — De nombreuses opinions ont été produites relativement à la question de savoir à qui incombait les frais du contrat de mariage. Parmi ces frais figurent les droits d'enregistrement payés sur le contrat.

(1) *Rép. gén.*, 5372, note 1.

M. Troplong (1) est d'avis que les frais du contrat, et même les droits proportionnels de mutation, sont à la charge de ceux qui ont constitué la dot. Cette opinion n'a pas prévalu, parce que l'article 1248, sur lequel son auteur l'avait fondée, n'a pas son application en matière de donation. Deux textes le prouvent surabondamment : l'article 31 de la loi de frimaire met les frais de la donation à la charge du donataire et l'article 1593 du Code civil décide que c'est celui qui acquiert qui paye les frais du contrat.

Un autre système a été proposé par MM. Rodière et Pont (2). Ces auteurs distinguent les frais du contrat de mariage proprement dits (frais d'acte) et les droits proportionnels de mutation. Les frais proprement dits sont à supporter par le mari seul, sauf dans le cas de séparation de biens pure et simple, parce qu'ils constituent une charge du mariage ; quant aux droits proportionnels, ils doivent être acquittés par l'époux donataire.

Dans une autre théorie, on pose le principe que les frais du contrat sont une dette personnelle des époux et qu'ils doivent se répartir proportionnellement aux apports de chacun d'eux (3).

Le système, auquel nous nous rangeons, met au compte de l'époux doté ou donataire les droits proportionnels de mutation, occasionnés par la libéralité, et partage par moitié les autres frais du contrat, sans avoir égard à l'importance des apports de chacun des époux, parce que le contrat est dressé dans leur intérêt commun (4).

(1) *Op. cit.*, I, n° 199.

(2) I, n° 196.

(3) En ce sens Dijon, 3 déc. 1869. D. 70.2.161. — Grenoble, 2 février 1882, voir *La Loi* 13 et 14 février 1882, n° 38.

(4) En ce sens Cass., 21 juillet 1852. D. 52.1.194. — Cass., 8 déc. 1874. 75.1.33. Voir les notes sous ces deux arrêts. — Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 11, p. 249.

§ 4. — *Quand, à quelles conditions et dans quelle limite sont restitués les droits perçus sur les contrats de mariage ?*

42. — Au paragraphe deuxième du présent chapitre, nous avons exposé que, malgré le caractère conditionnel du contrat de mariage, les droits d'enregistrement étaient, dans la pratique, perçus avant la célébration de l'union des époux, sauf restitution au cas échéant.

Une décision du ministre des finances du 5 juin 1808 (1) dispose que « les droits sur les contrats de mariage doivent être restitués lorsqu'il est *reconnu* que la célébration n'a pas et n'aura point lieu et que la demande en restitution est formée en temps utile, sauf à conserver le droit fixe de 5 francs comme salaire de la formalité donnée au contrat de mariage annulé ».

Cette jurisprudence fiscale est-elle juridique ? Il est permis d'en douter et M. Garnier (2) la combat vivement en ces termes : « C'est..... à tort que l'Administration, » avant d'opérer la restitution, oblige les parties à produire des pièces destinées à constater d'une manière plus ou moins rigoureuse la non célébration du mariage. Les redevables ne peuvent pas avoir à prouver, » dans l'intérêt du Trésor, qu'une perception indûment faite par le receveur ne s'est pas depuis lors régularisée. »

Quoi qu'il en soit : « si..... pour obéir à l'usage et » éviter des embarras, on continue à demander aux débiteurs la preuve que le mariage n'a pas été célébré, » du moins faut-il se montrer très facile dans l'admission de ces preuves (3) ».

Examinons sommairement l'état de la question.

43. — Le mariage peut ne pas avoir lieu : 1° parce que

(1) Inst. 29 juin 1808, n° 286, § 29.

(2-3) Garnier, *Rép gén.*, 5372.

les futurs époux ont renoncé à se marier entre eux, 2° parce que l'un d'eux, ou tous deux, sont décédés ou devenus incapables de se marier depuis la signature du contrat.

Comment prouver dans ces diverses hypothèses que le mariage ne sera pas célébré ?

La justification se fera : 1° soit par un acte de résiliation ; 2° soit par la production de l'acte de mariage de l'un des futurs époux avec une autre personne (1) ; 3° soit par la production de l'acte de décès de l'un des futurs époux ou des pièces établissant l'incapacité.

DE L'ACTE DE RÉSILIEMENT.

44. — L'acte de résiliation sera dressé dans les cas où les futurs époux, vivants et capables, auraient renoncé à se marier sans pour cela convoler en mariage avec une autre personne.

45. — *Forme de l'acte de résiliation.* — L'Administration s'était d'abord montrée fort rigoureuse en décidant que l'acte de résiliation ne sortirait effet que s'il réunissait toutes les conditions prescrites par les articles 1396 et 1397 du Code civil pour la validité des contre-lettres, conditions que nous avons rapportées au n° 25 ci-dessus.

Mais, depuis, plusieurs solutions ont admis les résiliations non revêtus des formalités exigées par les articles 1396 et 1397 (2).

Nous croyons, pour notre part, qu'il est conforme aux principes d'accepter à ce propos les conclusions suivantes :

1° Il n'est pas nécessaire, pour sa validité, que l'acte

(1) Solution 13 décembre 1889. *Revue pratique de l'enregistrement*, n° 2938.

(2) Sol. 30 juin 1833 ; 6-27 août 1855 ; 29 octobre 1866.

de résiliation ait été écrit *à la suite du contrat de mariage*, parce que la Régie sera suffisamment avertie par l'enregistrement de l'acte (1).

2° L'Administration n'est pas en droit d'exiger l'expédition de l'acte notarié de résiliation, parce que les préposés ont la faculté de prendre connaissance de l'acte à l'étude du notaire rédacteur.

3° L'acte de résiliation sous seing privé sera suffisant pour faire la preuve demandée.

4° L'acte sera également valable s'il a été dressé sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1838 se contente de la déclaration de l'un des époux que le mariage n'aura pas lieu (2).

46. — *Droits auxquels l'acte de résiliation donne lieu.* — On ne pourrait percevoir sur l'acte de résiliation le droit fixe de 5 fr. applicable aux dissolutions de société.

Seul, le droit fixe de 3 fr. sur les résiliations purs et simples sera exigible (3). Peu importe que l'acte soit intervenu ou non dans le délai de 24 heures ; peu importe également que l'acte contienne quittance de la dot restituée, attendu que la quittance est une conséquence naturelle du résiliation (Instr. du 29 février 1872, n° 2433).

Conditions auxquelles la restitution est subordonnée.

47. — 1^{re} *Condition.* — Il faut que le mariage n'ait pas été célébré, sinon l'article 60 de la loi de frimaire s'opposerait à toute restitution.

(1) En ce sens Délib. 12 janvier 1844, J. E. 13476.

(2) Dalloz, v° *Enregistrement*, n° 3521. — Au contraire MM. Rodière et Pont, I, n° 295 exigent, à peine de nullité, la présence et le consentement simultané de toutes les parties.

(3) Art. 68, § 1, n° 40, loi de frimaire.

Cette règle devrait être suivie même si le mariage ou le contrat de mariage était annulé après la célébration (1).

En effet, cette annulation, bien que radicale à l'égard de toutes les parties serait un *événement ultérieur* sans influence sur les droits régulièrement perçus (2).

Ceci est conforme à la théorie générale que nous avons adoptée sur la nullité des actes en matière d'enregistrement.

48. — 2^e Condition. — Il faut que la demande en restitution soit formée en temps utile, c'est-à-dire dans le délai de deux ans (article 61, n° 1, de la loi de frimaire).

49. — *Quel est le point de départ de ces deux années ?*

1^{er} *Système* (3). On fait une distinction.

(a) Il y a eu un acte de résiliation. — Le délai court à partir de cet acte, parce que c'est à cette date seulement que les parties ont pu commencer à agir (Délib. 9 août 1820).

(b) Il n'y a pas eu d'acte de résiliation. — Le délai prend son point de départ à la date de l'enregistrement du contrat de mariage.

2^e *Système*. — Dans un second système, qui est celui de la Cour de cassation, le délai court à compter de l'enregistrement du contrat de mariage, qu'il y ait eu ou non un acte de résiliation. En effet, dit-on, la généralité et la clarté des termes de la loi résistent à toute distinction, et, en outre, les parties demeurant maîtresses, tant

(1) Un arrêt de la Cour de cass. du 25 mai 1841 a fait l'application de ce principe dans une hypothèse où le contrat de mariage avait été annulé après célébration. J. E. 12761.

(2) M. G. Demante, *op. cit.*, I, n° 50, XI. — Demolombe, t. XXIII, n° 254. — M. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 5^e édition, t. II, p. 144, a soutenu que le jugement, déclaratif du vice radical inhérent à l'acte, ne constituait pas un événement ultérieur et que les droits perçus étaient en conséquence restituables. — Cette doctrine, comme nous venons de le voir page 169, note 2, n'a pas été acceptée, à cause de la généralité du texte de l'article 60 de la loi de frimaire.

(3) Rodière et Pont, I, nos 281 et 282.

que le contrat n'a pas été suivi de célébration, de déclarer que le mariage n'aura pas lieu, la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio* est ici sans application (1).

50. — Cette prescription n'est suspendue qu'autant que la demande est signifiée et enregistrée avant l'expiration du délai. Ce délai n'est pas franc. La circonstance que le dernier jour du délai est un jour férié ne peut le proroger au lendemain (2).

51. — 3^e Condition. — Il faut une demande formelle en restitution.

C'est ainsi que le tribunal de Domfront a décidé que la proposition de restitution, faite par un employé supérieur de l'Administration, ne suffisait pas pour interrompre la prescription (3).

52. — Limite dans laquelle a lieu la restitution des droits perçus.

I. *Droits proportionnels*. — Les droits proportionnels sont restituables quand le mariage n'a pas lieu.

II. *Droit gradué*. — L'Administration admet aujourd'hui (4) avec l'unanimité des auteurs (5) que, si le mariage n'est pas célébré, la perception du droit gradué est sans cause comme celle du droit proportionnel et que par suite le remboursement en doit être opéré.

III. *Droit fixe*. — D'après la décision précitée du ministre des finances, en date du 5 juin 1808, le receveur est autorisé à conserver le droit fixe de 5 francs. On a bien prétendu que le droit fixe était lui-même restituable, mais cette opinion ne devait pas prévaloir, parce que le droit fixe retenu n'est que le salaire d'une formalité irrévocablement accomplie.

(1) Cass., 10 déc. 1838. Dalloz, v^o *Enregistrement*. t. XXII, p. 180, note 1.

(2) Cass. civ., 20 mai 1873. J. E. 19, 280.

(3) Domfront, 29 déc. 1882 (J. E. 22092).

(4) Sol. 3 sept. 1872.

(5) V. notamment M. G. Demante, *op. cit.*, I, n^o 38, IV.

Mais, aujourd'hui, quelle est la quotité du droit fixe que le receveur peut conserver ?

Nous pensons avec M. Garnier (1) que c'est la somme de 3 francs.

Sans doute, autrefois, avant la loi du 28 février 1872, on pouvait soutenir que le droit de 5 francs était légitimement retenu, parce que le législateur de l'an VII, ayant tarifé le contrat de mariage au droit fixe de 5 francs, avait clairement manifesté l'intention de porter à 5 francs le salaire de la formalité.

Mais, sous la législation actuelle, le droit de 5 francs est le premier échelon du droit gradué ; or, le droit gradué étant restituable, le receveur devra se contenter du droit de 3 francs applicable aux actes innomés (2).

Seront encore restituables :

1° Les droits pris sur les dispositions additionnelles au contrat de mariage, contenues dans des actes passés en la forme prescrite par les articles 1396 et 1397 du Code civil ;

2° Les droits perçus sur les actes sous seings privés ayant servi à la rédaction du contrat de mariage ;

3° Les droits en sus perçus à la suite d'une expertise pour fausse évaluation des biens donnés ou apportés ;

4° L'amende du droit en sus, encourue par le notaire, pour défaut d'enregistrement du contrat de mariage dans les délais légaux ; cette amende doit être réduite à l'amende fixe de 10 francs qui reste irrévocablement acquise, au Trésor.

53. — *Cas où les droits ne sont pas intégralement restitués.* — Il en est ainsi :

1° Quand, au lieu d'un résiliement pur et simple, il

(1) *Rép. gén.*, n° 5374, 1. — Dans le même sens M. G. Demante, *op. cit.*, n° 38, VI.

(2) Voir en ce sens Délib. du 3 sept. 1872. — Solution du 13 déc. 1889 ; *Revue pratique de l'Enregistrement*, n° 2938.

ne s'agit que de modifications annulant certaines dispositions du contrat.

Il n'y a alors à restituer que les droits correspondant aux clauses supprimées (1).

2° Quand certaines des stipulations du contrat sont susceptibles de recevoir leur exécution, nonobstant le résiliement, les droits perçus sur ces stipulations resteront acquis au Trésor.

54. — *Célébration du mariage après restitution des droits.* — Trois cas doivent être envisagés :

1° Si, après que les droits ont été rendus, les parties faisaient revivre le contrat résilié en se mariant, la Régie serait autorisée à redemander les droits restitués ;

2° Les époux ont procédé à un nouveau règlement de leurs droits pécuniaires. — Puisque l'ancien contrat est considéré comme n'ayant jamais existé, l'impôt sera perçu sur le nouveau ;

3° Les époux se sont mariés sans se référer à leur contrat résilié et n'ont pas fait de nouveau contrat. — Dans cette hypothèse, les droits restitués ne pourront être réclamés.

(1) Conformément à la théorie admise sur les nullités au n° 31 ci-dessus, l'Administration devra accepter de restituer les droits, quand même les changements ou contre-lettres seraient nuls au point de vue civil. En effet, sauf le cas de simulation ou de fraude, les préposés de l'enregistrement n'ont pas qualité pour relever les vices des conventions relatées dans un écrit régulier.

CHAPITRE III

DU TARIF APPLICABLE AUX CONVENTIONS MATRIMONIALES

55. — Un des principes du droit fiscal est que le droit proportionnel est établi pour toutes transmissions de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles ou immeubles.

Il semblerait donc logique, en dehors de toute considération d'intérêt général et d'ordre public, d'astreindre les contrats de mariage au droit proportionnel. En effet, la plupart des régimes, auxquels les époux peuvent soumettre leur association conjugale, entraînent une mutation de propriété ou de jouissance, soit au profit de la communauté, soit au profit de l'un ou de l'autre des conjoints. Le régime de la séparation de biens, lui-même, est considéré par plusieurs auteurs comme opérant un effet translatif de jouissance, consistant dans l'obligation pour les époux de subvenir aux frais du ménage ; cette manière de voir serait particulièrement plausible au cas où le contrat réglerait la contribution incombant de ce chef à l'un et à l'autre des conjoints.

56. — I. *Législation du contrôle*. — C'est en se basant sur cette transmission de propriété ou de jouissance, que la législation du contrôle avait assujéti les contrats de mariage à un impôt proportionnel dont le tarif était fixé par la déclaration du 29 septembre 1722 (1).

La liquidation de l'impôt variait suivant certaines hypothèses :

(1) Cette déclaration modifiait le tarif annexé à un édit de mars 1693, qui établissait définitivement le contrôle des actes devant notaires, créé par un édit de 1581.

1° Si les apports des deux époux étaient évalués, l'article 33 du tarif disposait que le droit serait perçu sur le pied des acquisitions de meubles ou immeubles, d'après la valeur des biens et effets appartenant aux futurs, en y joignant les meubles et autres effets constitués ou donnés.

Dans le cas où les biens et effets des époux étaient désignés sans évaluation, Bosquet (v° *Contrôle*) nous apprend que l'estimation pouvait être faite à l'amiable ou d'office.

2° Sile contrat ne contenait désignation et évaluation qu'à l'égard des apports faits par l'un des époux ou portait que l'une des parties était prise avec ses droits, l'article 34 décidait que le droit de contrôle dû sur le pied du bien de l'autre époux serait doublé.

3° Enfin, d'après l'article 35, la perception se déterminait par la qualité des parties, s'il y avait absence complète de désignation ou d'évaluation, ou bien encore si les conjoints déclaraient se prendre réciproquement avec leurs droits et l'impôt variait depuis une livre 10 sols jusqu'à 50 livres.

Les conjoints étaient tenus d'affirmer que les biens déclarés étaient les seuls dont ils fussent propriétaires, autrement, le droit de contrôle était perçu d'après la qualité des contractants si, ainsi réglé, il s'élevait à une somme supérieure au droit dû, d'après la valeur des biens.

Les fausses déclarations étaient punies d'une amende de 200 livres, sans préjudice du paiement des suppléments de droits de contrôle.

57. — II. *Loi des 5-19 décembre 1790.* — L'Assemblée constituante abolit définitivement les taxes seigneuriales et remplaça les taxes royales par un droit unique qu'elle appela droit d'enregistrement. Ce fut l'objet de la loi des 5-19 décembre 1790 de formuler les nouveaux prin-

cipes du droit fiscal. La qualité des personnes est désormais sans influence sur la détermination de l'impôt, qui est assis, et c'est la réforme capitale de la Constituante en notre matière, sur la fortune réelle ou présumée.

Cette loi divise les actes en trois classes :

1^{re} *Classe*. — Actes d'où il résulte immédiatement transmission, attribution, obligation ou libération, relativement à des objets ayant une valeur *déterminée* ; il y a lieu d'appliquer un droit proportionnel variant de 5 sols à 4 livres pour 100 livres, à raison de la valeur des objets désignés ; la perception est faite d'après une déclaration des parties, quand le mode de transmission ne comporte pas de prix et, à défaut d'estimation, il est pris un droit provisoire calculé sur 15.000 livres et réductible, au cas échéant, dans le délai d'une année.

2^e *Classe*. — Actes se rapportant à des objets *non évalués*, parce que l'évaluation est subordonnée à des circonstances éventuelles, ou bien n'est pas exigée. Parmi ces actes, figurent les testaments et les contrats de mariage. Le droit est liquidé sur le quinzième du revenu des parties, d'après la cote d'habitation dans la contribution mobilière.

3^e *Classe*. — Actes de formalité ou de précaution. Ils ne sont passibles que d'un droit fixe variant de 5 sols à 12 livres suivant leur nature.

En ce qui concerne les contrats de mariage, la loi les assujettissait, soit au tarif de la première classe, soit au tarif de la deuxième classe, suivant qu'ils contenaient, ou non, désignation et évaluation des biens des futurs époux.

En cas d'évaluation, le droit exigible sur l'apport des époux et sur les biens qui leur étaient donnés, cédés, ou constitués en ligne directe, était de 10 sols pour 100 livres.

Si les biens n'étaient ni désignés ni évalués dans le contrat de mariage, la perception était fixée au quinzième du revenu du futur seulement.

MM. Rodière et Pont (1) signalent en ces termes les graves inconvénients que la loi de 1790 présentait au point de vue de l'intérêt des familles :

« Supposons, en effet, que les apports des époux fussent de 20.000 livres pour chacun ; la perception, se faisant sur 40.000 livres en cas d'évaluation et sur le pied de 10 sols pour 100 livres, le droit se serait élevé jusqu'à la somme de 200 livres ; tandis que la perception ne devant être que du quinzième des revenus du futur, lorsque les biens n'étaient ni désignés, ni évalués, il aurait été dû seulement dans la même hypothèse la somme de 66 livres 13 sols, formant le quinzième de 1000 livres, c'est-à-dire du revenu de 20.000 livres apportées par le futur. Il y avait, comme on le voit, un tel avantage pour les époux à se placer dans ce dernier cas que rarement les contrats de mariage durent contenir une désignation de biens ou une évaluation qui, cependant, auraient eu bien souvent une importance réelle ».

Par suite, la loi de 1790 ne sauvegardait pas mieux les intérêts des particuliers que ceux du Trésor, à qui elle ne donnait aucun moyen de rechercher et d'atteindre les mutations non déclarées ou secrètes.

Notons également que la loi de 1790 prêta, dans son application, à de nombreuses difficultés et que, pour combler ses lacunes et résoudre certaines questions douteuses qu'elle ne tranchait pas, il fallut recourir à l'intervention, souvent inefficace, du pouvoir législatif (2).

La législation du contrôle, en frappant les contrats de mariage d'un droit proportionnel, ne s'inspirait que des besoins du Trésor. Elle n'a pas pris garde que le con-

(1) I, n° 208.

(2) Voir notamment décret additionnel du 29 sept.-9 oct. 1791.

trat de mariage, intéressant la société tout entière, aucune mesure ne devait être édictée, qui pût l'entraver et indirectement nuire au mariage lui-même. Car, disent MM. Championnière et Rigaud (1), « il importe à l'ordre social que la fortune des époux, leurs droits, ceux des enfants à naître soient connus et réglés, qu'un pacte écrit les constate et que rien ne détourne les contractants d'en faire une déclaration sincère. L'existence d'un droit qu'il serait possible d'éviter suffirait pour établir la fraude et la réticence dans un acte où rien ne doit être caché, ni suspect, si l'on veut que son but soit atteint ».

Ce reproche adressé à l'ancien droit fiscal est encouru au même degré par la loi de 1790 et le rapporteur de la loi du 22 frimaire an VII, Duchâtel (de la Gironde) (2), ne manque pas de le lui faire.

58. — III. *Loi du 22 frimaire an VII.* — Duchâtel, dans le rapport précité, demandait que les contrats de mariage fussent affranchis du droit proportionnel et imposés au droit fixe, applicable aux actes qui n'obligent, ne libèrent, ni ne transmettent. Il se basait : 1^o sur la faveur à accorder au mariage et à la rédaction des contrats de mariage ; 2^o sur le caractère non translatif de ces contrats.

Le deuxième motif invoqué par Duchâtel ne nous semble pas fondé. Nous avons, en effet, exposé ci-dessus que les contrats de mariage engendraient presque toujours une transmission de propriété ou de jouissance.

Par suite, la proposition du rapporteur ne pouvait se justifier que par une idée de faveur et par des considérations d'ordre public, toutes puissantes à une époque où la société était entièrement à reconstituer.

(1) IV, p. 5.

(2) Rapport fait au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission des finances à la séance du 6 fructidor an VI. — Dalloz, v^o *Enregistrement*, n^o 27, voir n^o 6 du rapport.

Telle est l'opinion de MM. Rodière et Pont (1).

Le législateur a consacré la proposition de la Commission des finances, dont Duchâtel était l'interprète, et cette proposition, transformée en disposition législative, est devenue le n° 1 du paragraphe 3 de l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII.

Ce texte est ainsi conçu : *Actes sujets à un droit fixe de 3 francs.* — « Les contrats de mariage qui ne contiennent d'autres dispositions que des déclarations, de la part des futurs, de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage et se constituent sans aucune stipulation avantageuse entre eux.

« La reconnaissance y énoncée, de la part du futur d'avoir reçu la dot apportée par la future ne donne pas lieu à un droit particulier ».

Le surplus du texte a trait aux constitutions de dot et donations faites au profit des futurs époux par leur contrat de mariage ; nous n'avons donc pas à nous occuper de ce point, qui est en dehors de notre sujet.

Le contrat de mariage n'est pas, d'ailleurs, le seul contrat qui ait été l'objet d'un traitement favorable de la part de la loi fiscale ; à un degré moindre, les sociétés ordinaires ont bénéficié d'un tarif mitigé. Nous croyons devoir constater toutefois, dès maintenant, que les sociétés ne jouissent pas de privilèges aussi grands que les contrats de mariage. Nous verrons plus tard, notamment à propos de l'ameublement et de la communauté universelle, l'importance de cette observation.

Le tarif de la loi de frimaire a été modifié deux fois : une première fois par l'article 45, 2° de la loi du 28 avril 1816 et une seconde par la loi du 28 février 1872 aujourd'hui en vigueur.

59. — IV. *Loi du 28 avril 1816.* — En 1816, les besoins du Trésor exigèrent une augmentation de ressour-

(1) I, n° 206.

ces budgétaires. Le gouvernement proposa, en conséquence, d'élever les droits de succession en ligne directe et d'établir un droit proportionnel de 0,50 centimes 0/0 sur les contrats de mariage et sur les actes de société ; c'était renoncer aux principes formulés par la loi de l'an VII et revenir aux idées fiscales antérieures. Mais, ce projet fut repoussé et le Parlement se rangea au système de la Commission, qui augmentait presque tous les droits fixes. C'est ainsi que l'article 45, 2° de la loi porta de 3 francs à 5 francs le droit sur les contrats de mariage et les actes de formation de société.

Seul, le tarif était remanié et la loi de frimaire subsistait pour le surplus dans toute son économie.

60. — V. *Loi du 28 février 1872*. — Ce n'était pas la dernière attaque qui devait être tentée contre la tarification du contrat de mariage au droit fixe. La Commission du budget de l'exercice 1863, lit-on dans le rapport de M. Mathieu Bodet sur la loi du 28 février 1872, émit l'avis qu'il n'était pas juste de traiter, d'une manière égale, tous les contrats de mariage, quelle que fût leur importance. Le Conseil d'État, saisi de ce vœu en 1864, proposa de créer un droit nouveau, intermédiaire entre le droit fixe et le droit proportionnel, et qu'il appela droit fixe gradué.

C'est la loi du 28 février 1872 qui réalisa la modification projetée.

Le système de la loi de frimaire était gravement atteint par l'introduction du droit gradué dans la législation fiscale. M. Mathieu Bodet le reconnaissait lui-même, quand il disait, à propos de ce droit : « Ce n'est du reste qu'une sorte de retour à la législation antérieure à l'an VII qui soumettait les contrats de mariage à des droits différentiels. » Et, en effet, les dispositions nouvelles étaient contraires à la loi de frimaire, en ce qu'elles assujettissaient à un droit calculé, d'après l'importance pécu-

naire, certains actes qui n'obligent, ne libèrent et ne transmettent (par exemple les délivrances de legs et les partages) et en ce qu'elles soumettaient à ce droit des actes, qui, par la faveur spéciale qu'ils méritent, n'étaient auparavant frappés que d'un simple droit fixe (comme les contrats de mariage et de société).

Néanmoins, la dérogation, apportée à la loi de frimaire par la création du droit gradué, est exclusivement relative à la quotité du tarif ; elle est étrangère à la *liquidation* du droit et cette constatation nous servira quand nous aurons, dans un instant, à décider si le droit gradué doit être calculé sur la fortune entière des époux, ou seulement sur le montant de leurs apports constatés au contrat.

Il ressort, en effet, avec évidence, et de la discussion qui eut lieu devant l'Assemblée nationale, et du texte même de la loi de 1872, que la préoccupation constante des auteurs de la loi nouvelle a été de ne pas mériter le reproche d'avoir voulu modifier radicalement les principes de la loi de frimaire. C'est ainsi qu'à la séance du 26 février 1872 (1), M. Mathieu Bodet disait : « Lorsqu'on prétend que nous renversons la loi du 22 frimaire an VII, on commet une erreur : nous maintenons les principes de cette loi ; seulement, nous faisons une *classification nouvelle des droits fixes*, mais en laissant les droits proportionnels ce qu'ils sont et pour le cas seulement où ils sont actuellement applicables ». De même, l'article 1^{er} de la loi porte : « la *quotité* du droit *fixe* d'enregistrement..... ». Il est également certain que le législateur a entendu considérer le droit gradué comme un droit fixe d'une nature particulière, s'élevant par sauts et par degrés. Mais, en réalité, il faut reconnaître qu'au fond le droit gradué est un impôt proportionnel, « seulement la proportion de la taxe aux valeurs imposées est calculée

(1) *J. officiel*, 27 février 1872, p. 1390, col. 1.

d'une manière moins exacte que pour le droit proportionnel ancien et proprement dit » (1).

La loi de 1872 contient donc le tarif applicable aujourd'hui aux conventions de mariage, il ne s'agit plus que de savoir comment se fait la liquidation du droit.

Tarif de la loi de 1872. — On perçoit 5 francs pour toute valeur de 5000 francs et au-dessous, 10 francs pour une valeur de 5.000 francs à 10.000 francs ; 20 francs pour une valeur de 10.000 francs à 20.000 francs ; et enfin au-delà de ce dernier chiffre 20 francs par chaque somme ou fraction de 20.000 francs.

LIQUIDATION DU DROIT GRADUÉ.

PREMIÈRE QUESTION. — *Le droit gradué doit-il être calculé sur la fortune entière des époux ou seulement sur le montant de leurs apports ?*

1^{er} Système.

61. — I. — Le droit gradué doit être calculé sur la fortune entière des époux, alors même que le contrat n'en révélerait pas l'existence.

L'article 1^{er} n° 4 de la loi du 28 février 1872 dispose que le droit gradué sera déterminé par le montant net des apports personnels des époux.

Or, il n'existe, en droit civil, aucune définition légale du mot apport considéré abstractivement. C'est donc à la loi fiscale seule qu'il faut en demander la signification.

Par cette expression « *apports personnels* », on doit entendre, *sous quelque régime que ce soit*, tout ce que les époux ne tiennent pas d'une donation contenue dans le contrat, c'est-à-dire la fortune personnelle de chacun d'eux, mobilière ou immobilière, préexistante au mariage

(1) M. G. Demante, I, n° 25, V.

et non pas seulement ce que chaque époux *se constitue personnellement* dans son contrat.

Comme conséquence, le futur époux, qui a un avoir personnel préexistant au mariage, commet une dissimulation punissable, s'il ne fait porter qu'une partie de cet avoir dans le contrat et, à plus forte raison, s'il déclare qu'il n'apporte ou qu'il ne possède rien.

II. — Cette doctrine, prétend-on, interprète fidèlement la pensée du législateur renfermée dans le rapport de la commission et manifestée à la tribune de l'Assemblée.

En effet, le rapport ne dit-il pas que le droit gradué constitue une sorte de retour à la législation antérieure à l'an VII? Or, l'édit du 29 septembre 1722 et la loi de 1790, dont l'économie a été exposée ci-dessus, frappaient toutes les valeurs appartenant aux époux, *qu'elles fussent ou non déclarées*.

De même, le rapporteur rappelle le vœu émis par la Commission du budget de l'exercice 1863 en faveur de la réforme des droits fixes. C'est ce vœu qu'a réalisé la loi du 28 février 1872.

La question a été d'ailleurs nettement tranchée au cours de la discussion de la loi. A l'occasion de l'article 3, relatif aux dissimulations, un député, M. Dupont, demanda si les époux qui auraient dissimulé dans le contrat de mariage une partie de leur fortune personnelle mobilière et immobilière, dont on constaterait la préexistence au mariage, seraient soumis à une pénalité et si le mot *apport personnel* voulait dire toute la fortune des époux. A quoi le rapporteur, M. Mathieu Bodet, répondit en ces termes :

« Notre honorable collègue suppose qu'il y a eu dissimulation. Cette dissimulation peut avoir un double caractère. Il peut y avoir eu dissimulation, *soit parce que l'époux n'a pas déclaré la véritable valeur de la chose*,

soit parce qu'il n'a pas déclaré tout ce dont il était propriétaire. Est-ce clair ?

« Cette dissimulation ne pourra être établie dans les deux cas que par des titres, c'est bien entendu. Mais, lorsque, par des actes émanés des parties, ou par des jugements, on arrivera à découvrir qu'un apport valant 100.000 francs n'a été porté que pour 50.000 francs, il y a dissimulation, donc application de l'article 3 : on l'établira par des actes de vente ou toutes autres pièces. — Maintenant, voilà un époux qui a deux propriétés, deux fermes dans le département du Nord. Il n'en fait porter qu'une seule dans son contrat de mariage et dit que c'est son seul apport. Eh bien, dans l'un comme dans l'autre cas, l'article recevra son application (1). »

C'est sur cette affirmation que la discussion a été close et l'article 3 voté.

Sans doute, le rapporteur paraît, dans la séance du 26 février 1872, avoir manifesté une opinion tout opposée et reconnu implicitement le droit pour les parties de ne pas faire mention de tous leurs biens dans leur contrat en limitant ainsi, à leur volonté, la perception de l'impôt (2). Mais, cette contradiction n'est qu'apparente. Le rapporteur a voulu simplement indiquer qu'il pouvait arriver, *en fait*, que dans un but d'économie un conjoint ne fit pas mention de tous ses biens dans le contrat et qu'ainsi l'apport non constaté échappât à la perception immédiate de l'impôt. Il n'a pas entendu dire que l'apport non constaté ne pourrait être atteint ultérieurement par l'impôt. Il a parlé en fait et non en droit.

La marche des débats de cette séance est une preuve de l'exactitude de cette opinion. En effet, M. Clément s'étant plaint de ce que l'expression *apport personnel*

(1) Séance du 28 février 1872, *J. off.* du 29, p. 1442, col. 1.

(2) Séance du 26 février 1872, *J. off.* du 27, p. 1393 et 1394, col. 1.

était extrêmement vague, M. Mathieu Bodet répliqua : « M. Clément est d'avis que le § 4 n'est pas clair. Je vous avoue qu'il m'est impossible de trouver une formule qui le soit davantage. » Puis, il fit cette déclaration où l'on a pu voir pour les époux le droit de limiter à leur gré l'impôt sur les contrats de mariage : « On perçoit le droit proportionnel ou gradué, d'après *les énonciations* du contrat. Un contrat est présenté où les futurs déterminent leur avoir. Cet apport ne peut provenir que de deux causes : ou des donations faites par les parents ou les étrangers, ou bien de leur fortune personnelle antérieure au mariage. Sur la première partie de l'avoir on percevra le droit proportionnel des donations ; sur le reste, que ce soient des apports mobiliers ou immobiliers, *c'est la fortune personnelle du conjoint qui est constatée*. On paiera 1 pour 1000. Où voyez-vous donc l'obscurité ? Ah ! évidemment il pourra y avoir certains conjoints, quoi que ce soit insensé, qui pour épargner cette somme insignifiante *ne fassent pas mention* de tous leurs biens dans le contrat de mariage. Évidemment le droit ne sera pas perçu sur l'apport qui n'aura pas été constaté. »

« C'est évident », ajoute le ministre des finances. Mais à ce moment, M. Clément l'ayant interrompu par ces mots : « l'apport mobilier y échappera toujours », le rapporteur répondit : « Maintenant, messieurs, j'aurais à parler d'une objection qui est plus sérieuse, c'est celle qui est relative aux moyens de contrôle donnés à l'Administration, mais, je croirais anticiper en traitant cette question. Elle se posera tout à l'heure et j'y répondrai ».

Elle fut en effet posée à la séance du 28 février par M. Dupont, qui trouvait les explications fournies l'avant-veille par M. Mathieu Bodet moins satisfaisantes que ce dernier ne se le figurait. C'est alors que le rapporteur fit la réponse textuellement reproduite ci-dessus et

d'où il ressort qu'il y a dissimulation punissable dans le fait de n'avoir pas déclaré dans son contrat tout ce que l'on possédait.

III. — Puis, en faveur de leur thèse, les partisans de cette première opinion ajoutent les motifs suivants qui se trouvent ainsi résumés au n° 77. V° *Contrat de mariage*, du *Dictionnaire des rédacteurs* :

1° Le contrat de mariage règle le sort de tous les biens des époux et non pas seulement des biens qui y sont désignés : il est donc juste que le droit gradué, établi en raison de l'importance des actes, frappe tous les biens ;

2° L'article 1^{er} § 4, de la loi du 28 février 1872, vise les apports et non les déclarations d'apport : d'où il suit que le droit est dû, même sur l'apport non déclaré ;

3° Il est constant que le législateur a entendu établir un impôt productif ; que les contrats de mariage sont au nombre des actes dont il a espéré retirer une ressource importante et que le but aurait été complètement manqué, si la perception avait été subordonnée à des déclarations que les parties pourraient très fréquemment se dispenser de faire sans aucun péril pour leurs intérêts ;

4° Si l'on admettait la doctrine contraire, on verrait les époux s'abstenir de mentionner non seulement leurs immeubles, mais encore leurs valeurs nominatives, leurs créances établies par acte authentique et toutes les valeurs dont il leur serait possible d'établir la propriété en leur personne, sans le secours de leur contrat de mariage ;

5° Enfin, le système contraire conduit à ce résultat que les contrats de mariage, portant adoption du régime dotal, de la séparation de biens et sans communauté, seraient soumis à des droits beaucoup plus faibles que ceux portant adoption du régime de communauté ; que le régime le plus favorable, celui qui forme le droit

commun, supporterait la part la plus lourde du droit gradué créé par la loi de 1872 (1).

2^e Système.

62. — Dans un deuxième système, on soutient que, pour déterminer le sens de l'expression « *apports personnels* » en vue de la fixation de l'assiette du droit gradué, il est nécessaire de recourir aux indications données par les textes du droit civil.

Mais, le principe une fois admis, les partisans de cette doctrine ne sont pas d'accord sur la portée des mots « *apports personnels*. »

Les uns entendent par là tous les biens dont le régime se trouve modifié par le contrat de mariage, c'est-à-dire : tous les biens du mari et de la femme sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme sous le régime sans communauté et, sous le régime dotal, tous les biens que la femme s'est constitués en dot ; mais, ils refusent de considérer comme apports les biens des époux mariés sous le régime de la séparation (2).

Les autres comprennent dans les apports, même l'avoir des époux séparés de biens, en se fondant sur l'obligation qui incombe à chacun des futurs de contribuer aux charges du ménage.

Enfin, dans une autre opinion, les parties ne sont tenues de mentionner obligatoirement dans leur contrat que leurs biens meubles, attendu qu'il n'y a, en fait, aucune utilité pour eux à y insérer la nomenclature de leur fortune immobilière.

Ce second système n'explique pas rationnellement comment il se fait que les apports à titre particulier indiqués au contrat soient soumis au droit gradué, alors que

(1) Voir en faveur de ce premier système M. Aubertin, *Explication des lois du 28 février et du 30 mars 1872*, p. 73.

(2) En ce sens M. G. Demante, *op. cit.*, II, n° 618, II.

leur régime ne se trouverait pas modifié par les stipulations de mariage. Il encourt de plus le reproche de traiter le régime de la communauté moins favorablement que les autres régimes.

3^e *Système.*

63. — I. — Le droit fixe gradué n'est dû qu'en raison de la valeur des biens des époux, dont le contrat de mariage contient la mention. L'article 3 de la loi du 28 février 1872 punit la fausse évaluation des biens déclarés, mais non l'omission des biens appartenant aux futurs.

C'est cette proposition que nous allons essayer de justifier.

L'argumentation des auteurs du premier système n'est aucunement convaincante.

II. — D'abord, il n'est pas exact de dire que le rapport présenté par M. Mathieu Bodet consacre un retour pur et simple à l'état de choses antérieur à la loi de frimaire. Le rapport énonce seulement que l'établissement du droit gradué « est une sorte de retour à la législation » antérieure à l'an VII qui soumettait les contrats de mariage à des droits différentiels », et il ne mentionne, en aucune façon, que l'impôt soit exigible *de plano* en raison de toute la fortune réelle ou même présumée des futurs époux. Suivant l'opinion que nous avons déjà émise plus haut, ce retour du législateur au système du tarif de l'ordonnance de 1722 ne concerne que la *quotité* du droit à percevoir sur les contrats de mariage et non la *liquidation* de ce droit. Cette liquidation reste gouvernée par l'article 68, § 3, n° 1 de la loi de frimaire, à laquelle la loi de 1872 se réfère expressément.

On a essayé d'affaiblir la portée de ce renvoi en disant que la loi de 1872 parle des apports personnels des époux et non, comme la loi de frimaire, des déclara-

tions d'apports ; ce qui impliquerait que le droit serait dû sur l'apport même non déclaré. Cette objection n'est pas probante, car l'article 1^{er}, n° 4, de la loi de 1872 indique clairement l'intention du législateur de se reporter à la loi de frimaire et il n'y a pas lieu de s'attacher, outre mesure, aux détails de rédaction de cet article ; le renvoi dispensait les rédacteurs d'insister davantage.

Or, la loi de frimaire tarife les *déclarations* de la part des futurs de ce qu'ils *apportent eux-mêmes* en mariage et écarte désormais l'ancienne perception basée, soit sur la qualité des parties, *soit sur leur fortune réelle ou présumée*. Par suite, nous pouvons légitimement conclure, par application de la loi frimaire, que le droit gradué n'est exigible que sur les biens des futurs époux déclarés par eux : le surplus de leur fortune échappe à l'impôt. Voilà pour le rapport de M. Mathieu Bodet et la tradition historique qu'il invoque.

III. — Trouvons-nous davantage dans les travaux préparatoires de la loi de 1872 une justification du premier système? Nous ne le pensons pas. La discussion de la loi de 1872 offre la plus grande confusion. Nous avons relaté les deux opinions émises par M. Mathieu Bodet, la première lors de la discussion de l'article 1^{er} de la loi, dans la séance du 26 février 1872 et la seconde à propos de la discussion de l'article 3 dans la séance du 28 février. Or, ces deux déclarations du rapporteur sont contradictoires et inconciliables.

En effet, le 26 février M. Mathieu Bodet constate, *avec l'approbation du ministre des finances*, 1° que le droit fixe gradué se détermine à raison des apports personnels des conjoints, sans y ajouter le montant des donations à eux faites par le contrat même, 2° qu'il atteint tous les biens personnels, sans exception, dont l'existence est constatée par le contrat de mariage, que ce soient des

apports mobiliers ou des apports immobiliers, 3^o et que si, quoique ce soit insensé, un des conjoints ne faisait pas mention de tous ses biens dans le contrat, il pouvait légitimement agir de la sorte, sans commettre une omission punissable.

Le 28 février, changement de manière de voir du rapporteur qui déclare frauduleuse l'omission d'un seul des biens composant la fortune des futurs au moment de leur mariage.

Il n'est pas admissible que la seconde déclaration ne soit que le complément de la première, car comment présumer que M. Mathieu Bodet ait fait le 26 à M. Clément la réponse que l'on sait, uniquement pour constater qu'en fait il pourrait arriver qu'un des époux ne mentionnât pas tout son avoir ? C'eût été une énonciation inutile. En réalité, il faut reconnaître que le rapporteur a fait une réponse de principe à une question qui avait ce caractère.

Cette constatation suffit pour que l'on refuse toute force probante à la discussion parlementaire qui a eu lieu sur la loi de 1872.

Toutefois, il est à remarquer que la première déclaration du rapporteur faisait une juste application des principes renfermés dans la loi de frimaire.

IV. — Ainsi donc, ni le rapport de M. Mathieu Bodet, ni la tradition historique, ni les travaux préparatoires de la loi de 1872, ne suffisent pour justifier la théorie que nous combattons.

V. — Mais alors quelle est la signification de l'expression *apports personnels*? Nous reconnaissons que la loi civile ne répond pas à cette question. Pour elle, le mot *apports* prend un sens différent suivant le régime matrimonial adopté. Tantôt, sous le régime de la communauté conventionnelle, le mot *apports* indique

les biens qui sont tombés dans la communauté, à charge de reprise ; tantôt, sous les régimes sans communauté, il désigne le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. D'autre part, le Code évite d'employer le mot *apports*, quand il s'agit de la communauté légale, et, cependant, sous ce régime il y a des apports en propriété et en jouissance.

Nous croyons donc, avec les partisans du premier système, qu'en droit fiscal l'expression *apports personnels* a une signification spéciale et que l'apport d'un époux est sa fortune personnelle. Mais nous pensons que, pour déterminer la limite, dans laquelle les biens des futurs époux sont atteints par le droit gradué, il faut également tenir compte de deux principes qui dominent notre matière savoir : 1° que le droit gradué est un droit d'acte et par conséquent un droit exigible sur les seules valeurs qui, par la volonté des parties, sont l'objet propre et la matière des actes soumis à ce droit ; 2° et que le § 3 n° 1 de l'article 68 de la loi de frimaire, auquel la loi de 1872 renvoie, ne tarife que les déclarations des futurs, ce qui exclut les biens non déclarés.

Donc, les apports personnels des époux sont les biens mis en évidence par leur contrat de mariage.

VI. — Les parties sont libres de déclarer leurs biens ou de ne pas les déclarer et rien ne les oblige à énumérer dans leur contrat, dans le seul intérêt du fisc, l'état complet de leur fortune. Sans doute, elles pourront compromettre gravement leurs droits, en dissimulant quoi que ce soit de leur patrimoine, « leur intérêt, bien entendu, doit les détourner de ce fâcheux calcul. Mais enfin, si elles l'ont fait, on ne saurait leur faire payer l'impôt, à raison de l'apport qu'elles ont passé sous silence. L'impôt dont il s'agit est le prix de la garantie que donne l'État à l'observation des clauses de l'acte. Celui qui, à tort ou à raison, renonce à cette garan-

tie, ne saurait être contraint d'en payer le prix » (1).

Comme corollaire, il faut admettre que l'article 3 de la loi de 1872 vise non pas les dissimulations par omission, mais seulement les dissimulations résultant d'une fausse évaluation des biens déclarés.

VII. — Avec notre système, on explique sans difficulté que les biens des époux, qui, d'après la loi civile, ne constituent pas des apports, soient cependant passibles du droit gradué, quand le contrat de mariage en constate l'existence.

VIII. — On nous objecte que le contrat de mariage est la convention par laquelle deux personnes règlent leurs intérêts pécuniaires et que, par suite, les effets du contrat ne sont pas bornés aux seuls biens qu'il mentionne mais s'étendent à *tous* les biens des futurs époux. — Il y a là une confusion. Le rapporteur reconnaissait lui-même que « sans doute le sort des apports pouvait varier suivant le régime adopté, mais que ce point de vue n'avait pas à nous préoccuper. » Enfin, il ressort des explications précédentes que l'impôt ne frappe les apports que dans la mesure où ils ont été déclarés.

IX. — Faut-il s'arrêter davantage à cet argument que le législateur de 1872 a eu l'intention d'établir un impôt productif et qu'avec notre doctrine ce but n'est pas atteint ? — Nous répondrons que, dans la pratique, depuis la promulgation du Code, les futurs époux n'inséraient dans leur contrat que les indications pouvant avoir pour eux de l'utilité au point de vue civil et que rien, par exemple, ne forçait un propriétaire foncier à mentionner tous ses immeubles. Pour admettre que la loi de 1872 ait proscrit cet usage et imposé aux contribuables, dans le seul intérêt du fisc, l'obligation d'indiquer exactement leur fortune, il faudrait un texte exprès, qui n'existe pas. Donc, les rédacteurs de la loi de 1872 savaient parfaite-

(1) M. G. Demante, *op. cit.*, II, n° 618, II.

ment que le droit de 1 pour 1000 n'atteindrait que ceux des biens que les parties auraient, comme dans le passé, un intérêt à mettre en évidence.

L'Administration, depuis le 7 août 1875, s'est rangée à ce système et n'a sollicité aucune modification, soit judiciaire, soit législative, à cette interprétation de la loi de 1872. Il n'en eût certes pas été ainsi au cas où l'impôt sur les contrats de mariage eût été aussi improductif qu'on veut bien l'affirmer. En fait, si les dissimulations par omission sont à craindre, c'est moins dans les contrats de mariage que dans tous autres actes. En notre matière on n'a guère à redouter que les dissimulations par fausse évaluation, mais l'article 3 servira à les réprimer.

X. — Au surplus, en ce qui a trait à la perception du droit gradué, on ne peut se montrer plus rigoureux pour les contrats de mariage que pour les autres actes soumis au même droit par la loi de 1872. Ainsi, un légataire à titre particulier de deux objets n'en reçoit qu'un par acte de délivrance, le second lui est livré par simple tradition : dans ce cas, personne ne conteste que le droit gradué ne soit très licitement évité (1) pour l'objet non compris dans l'acte de délivrance, or, pourquoi en serait-il autrement en ce qui a trait aux biens dont le contrat de mariage ne fait pas mention ?

XI. — Quant à prétendre que l'article 3 de la loi de 1872 n'aura plus d'application si les apports non déclarés échappent à la taxe, cela est exagéré. M. Naquet répond très bien, en ces termes, à cette argumentation : « Le raisonnement ne serait exact que s'il ne pouvait pas y avoir de dissimulation dans le système qui n'atteint pas les apports non déclarés, mais il peut y en avoir. La dissimulation, en effet, peut se produire, non seulement par le fait d'une omission coupable, mais

(1) M. G. Demante, II, n° 618, II.

aussi par le fait d'une fausse évaluation. Or, si les omissions sont autorisées par la loi de 1872, il en est autrement des fausses évaluations. La loi s'appliquera donc toutes les fois que les parties auront estimé leurs apports à un prix inférieur à leur valeur » (1).

XII. — Ce qui nous confirme dans notre opinion c'est encore la constatation suivante : dans le système, qui entend par apports personnels la fortune elle-même des époux, le contrat de mariage est l'occasion d'un impôt calculé d'après une base aussi large que l'impôt établi sur les mutations d'une *universitas juris*, une succession par exemple. Or, si l'on compare la prescription des droits d'enregistrement en matière de déclarations de succession et la prescription de l'action en paiement du droit gradué, on remarque ceci : pour les déclarations de succession, il y a deux prescriptions ; l'une de 5 ans à raison des omissions de biens et l'autre de 2 ans en cas de fausse évaluation. Si nous envisageons maintenant l'action du fisc pour constater les dissimulations relatives à l'estimation des valeurs assujetties au droit gradué, nous voyons qu'elle n'est susceptible que d'une seule prescription, celle de deux années. N'est-il pas alors légitime de croire qu'en matière de droit gradué, il n'y a de punissable que les fausses évaluations, puisque, pour les omissions, la loi n'établit pas ici de prescription particulière, comme elle prend soin de le faire à propos des déclarations de succession ? Deux ans ne seraient pas suffisants pour permettre à la Régie de découvrir les omissions, tandis que ce délai est assez long pour que la valeur véritable des biens compris dans le contrat de mariage puisse être déterminée.

Jurisprudence.

XIII. — 1^{ent} Notre système semble devoir prévaloir

(1) M. Naquet, III, n° 1106, p. 106.

dès la promulgation de la loi de 1872. En effet, l'Instruction générale du 29 février 1872, n° 2423, qui a caractérisé le droit gradué, s'exprimait ainsi : « Le droit gradué atteint les actes dont l'importance peut être mesurée par l'énonciation des sommes et valeurs que ces actes constatent et mettent en évidence. On tarife les actes suivant l'importance des valeurs qu'ils contiennent ».

2^{ent} Cependant, l'Administration n'admit pas la conséquence logique à tirer de l'instruction précitée et rendit de nombreuses solutions consacrant le premier système et autorisant par suite la perception du droit gradué sur toute la fortune des futurs époux, même sur les valeurs non constatées au contrat (1).

C'est en ce sens que sont conçues plusieurs décisions, notamment une solution du 19 janvier 1874 (2).

3^{ent} La jurisprudence consacre d'abord les prétentions de l'Administration. Un jugement du tribunal de Saintes (3), un autre du tribunal d'Hazebrouck (4), proclamèrent que la loi de 1872 désignait par apports personnels des époux leur fortune mobilière ou immobilière et qu'il y avait dissimulation, punissable du droit en sus, en cas d'omission d'un seul de leurs biens. Le tribunal d'Épinal (5) a également adopté cet avis.

4^{ent} Mais, le 9 janvier 1875, le tribunal de la Seine (6) condamnait la doctrine de la Régie et déclarait que le droit gradué n'était exigible que sur le montant des biens mis en commun par les époux et que tel était le

(1) M. G. Demante, *op. cit.*, II, n° 618, II, critique ces décisions en ces termes : « Cela revient à dire que notre loi établirait l'impôt du droit gradué sur des *apports qui ne seraient pas apportés*. C'est prêter au législateur ce vice de raisonnement que les logiciens appellent l'absurde contradictoire. »

(2) *Rép. pér.* 3808.

(3) J. E. 19525, affaire Garlopeau, 15 juillet 1874.

(4) J. E. 19525, affaire de Roisin, 14 août 1874.

(5) Épinal, 25 mars 1874.

(6) Seine, 9 janvier 1875, affaire d'Abzac, J. E. 19668.

sens des mots *apports personnels*. Ce jugement décidait spécialement que, si les époux avaient adopté le régime de la séparation de biens et établi en même temps une société d'acquêts, le droit gradué n'atteignait que les mises dans cette société.

^{5^{ent}} A la suite de ce jugement, qu'elle s'abstint de déférer à la Cour de cassation, l'Administration abandonna sa doctrine pour se ranger, dans l'instruction générale du 7 août 1875, 2519, § 9, au système que nous avons adopté. Cette instruction est ainsi conçue : « Après un nouvel examen, le Directeur général a décidé que l'interprétation basée sur le texte de l'article 1^{er} de la loi de 1872 et sur les termes précités de l'instruction n° 2433 sera désormais prise pour règle.

« Les receveurs s'abstiendront en conséquence d'exiger le droit gradué, lors de l'enregistrement des contrats de mariage, sur les biens appartenant personnellement aux futurs époux, mais dont l'existence ne résulterait d'aucune mention de ces contrats.

« On continuera à percevoir le droit, lorsque l'acte constatera que les futurs possèdent des biens personnels, sauf aux receveurs à demander, le cas échéant, pour établir la perception, la déclaration autorisée par l'article 16 de la loi du 22 frimaire an VII et 2 de la loi du 28 février 1872.

« Ces règles seront applicables quel que soit le régime adopté par le contrat » (1).

64. — DEUXIÈME QUESTION. — *Comment les biens des futurs époux doivent-ils être mentionnés dans le contrat pour être soumis au droit gradué?*

Nous avons dit que le droit gradué n'était dû que sur les biens constatés et mis en évidence par le contrat. Il faut conclure de là que les mentions, qui ne laisseraient

(1) En ce sens, Seine 13 mai 1876, affaire Bischoffsheim, J. E. 20076.

entrevoir qu'indirectement l'existence d'un objet, seraient insuffisantes pour autoriser la perception.

C'est en conformité de ce principe que le 12 novembre 1875 a été rendue une solution, d'après laquelle la déclaration par l'un des futurs, que les meubles se trouvant *dans une de ses propriétés* appartiennent à un tiers, ne donne pas ouverture au droit gradué.

De même, une solution des 17-24 avril 1888 (1) a décidé qu'on ne saurait assujettir au droit gradué les valeurs indiquées dans un partage auquel le contrat de mariage se réfère.

Doit-on voir une condamnation de cette thèse dans un jugement du tribunal de Lunéville, rendu le 2 août 1882 (2) et d'après lequel, si le contrat relate que le futur époux apporte des droits successifs, désignés dans un inventaire dressé le même jour par le notaire, cette mention constitue suffisamment la preuve de l'existence des apports pour justifier la perception ? Nous ne le pensons pas. Il résulte, en effet, des considérants de ce jugement : 1° qu'il y avait évidemment connexité entre le contrat de mariage et l'inventaire, puisqu'ils avaient été reçus le même jour, 2° et que le contrat de mariage mentionnait que l'inventaire serait enregistré simultanément. Ce sont ces circonstances particulières qui ont déterminé la décision des juges de Lunéville.

65. — TROISIÈME QUESTION. — *Le droit se liquide-t-il séparément sur les apports de chacun des époux ou doit-il être perçu sur leurs apports additionnés ?*

La loi, en disant que le droit gradué est exigible sur le montant des apports, semble bien indiquer qu'il y a lieu de réunir les apports des deux époux pour la liquidation de l'impôt. Néanmoins, la question avait paru

(1) *Rép. pér.* 7233.

(2) *Rép. pér.* 5997.

douteuse et, afin de couper court à toute controverse l'Administration a ordonné à ses agents de percevoir le droit sur le montant cumulé des apports (1).

66. — QUATRIÈME QUESTION. — *Y a-t-il lieu pour la perception de distinguer la nature des biens compris dans les apports ?*

Il n'y a pas à tenir compte de la nature des biens dont l'existence est constatée par le contrat de mariage. Le droit gradué est assis sur le total des apports sans distinction entre les meubles et les immeubles.

Il ne faut pas non plus avoir égard à la situation des biens.

De même, les biens étrangers sont passibles du droit gradué comme les biens français. Aucun doute n'est possible à ce sujet (2).

67. — CINQUIÈME QUESTION. — *Comment se fait l'estimation des biens compris dans les apports des futurs époux ?*

C'est aux parties elles-mêmes qu'il appartient de déterminer la valeur vénale des biens énoncés dans le contrat.

La valeur des apports sera déterminée d'après les énonciations de l'acte.

L'article 2 *in fine* de la loi de 1872 dispose que, « si les sommes ou valeurs ne sont pas déterminées dans l'acte, il y sera suppléé conformément à l'article 16 de la loi de frimaire », c'est-à-dire que « les parties seront tenues d'y suppléer, avant l'enregistrement, par une déclaration estimative certifiée et signée au pied de l'acte ».

Les divers modes d'évaluation, édictés par la loi du

(1) Instr. 20 février 1872.

(2) Argument tiré de l'article 3 de la loi du 23 août 1871 et de l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 28 février 1872 et de ce que l'ancien droit fixe de 5 fr., remplacé par le droit gradué, englobait, sans aucune distinction, les déclarations d'apports des deux époux.

22 frimaire an VII pour fixer, en vue de la perception du droit proportionnel, la valeur de la pleine propriété, de la nue-propriété, de l'usufruit, de certaines jouissances temporaires, etc., ne sont pas applicables au droit gradué considéré par le législateur comme un droit fixe (1). C'est en effet à la loi de 1872 elle-même, et non à la loi de frimaire, qu'il faut s'adresser pour savoir le mode d'évaluation à suivre pour toute espèce de biens (2).

Une solution du 17 décembre 1873 (3) met ce point parfaitement en lumière : « Le droit gradué, porte-t-elle, diffère essentiellement du droit proportionnel : celui-ci frappe le mouvement de la propriété ; le premier n'atteint que la manifestation d'un droit de propriété pré-existant.

« Cette distinction indique suffisamment qu'en l'absence d'une disposition formelle de la loi qui a créé le droit gradué, on ne saurait appliquer, par analogie, à la perception du droit nouveau la règle établie en matière de mutation par l'article 15 n° 7 de la loi du 22 frimaire an VII et par la jurisprudence. »

En ce qui concerne l'évaluation des valeurs de Bourse, M. G. Demante (4) s'exprime ainsi : « Pour les effets qui se cotent à la Bourse il serait raisonnable de régler la

(1) C'est ainsi qu'une solution du 26 novembre 1873 a décidé que le droit gradué, à raison de l'apport d'une nue propriété, devait être liquidé sur la valeur de cette nue propriété évaluée par les parties d'après la durée probable de l'usufruit.

(2) D'après un jugement du tribunal de la Seine du 29 mars 1878 (S. 78. 2. 217), la valeur des créances doit être déterminée pour la perception du droit gradué par leur valeur nominale.

Mais ce jugement ne pose pas en principe que les règles de la loi de frimaire doivent être appliquées au droit gradué, il décide uniquement qu'on ne peut assimiler à un passif la portion de la créance, qui n'est pas recouvrable, et qu'en conséquence cette portion ne peut pas être déduite de la valeur nominale de la créance. — Mais, nous pensons que les parties pourraient *de plano* estimer la créance à un chiffre inférieur à sa valeur nominale, en tenant compte de sa dépréciation. C'est la façon de procéder qui seule était vicieuse dans l'espèce jugée par le tribunal de la Seine.

(3) M. G. Demante, II, n° 618, II.

(4) *Rép. pér.*, 3793.

perception *sur le cours moyen* de ces effets au jour du contrat. Tel est le procédé tracé par le législateur (loi du 18 mai 1850, article 7) pour la liquidation des droits de donation entre-vifs ou de mutation par décès relativement à ces valeurs.

« Mais l'argument d'analogie n'est pas suffisant en ces matières, où tout est d'interprétation stricte. Il nous faut donc faire abstraction du texte de la loi de 1850 et chercher par quelles considérations doctrinales le résultat indiqué peut parfois être justifié. Or, le cas comporte plusieurs distinctions.

« Si les effets n'ont pas été autrement évalués par les parties, on peut dire que le cours moyen de la Bourse détermine leur valeur et qu'ainsi ils sont évalués par leur énonciation même. Il n'y a donc pas lieu à déclaration estimative ; le receveur peut *de plano* percevoir suivant le cours de la Bourse.

« Si l'évaluation des parties est dérisoire, elle sent la fraude. On peut soutenir alors qu'elle est en contradiction avec la seule énonciation desdits effets. C'est donc régler la perception par la teneur de l'acte que d'en apprécier l'ensemble et de faire prévaloir la vérité sur une apparence évidemment trompeuse. L'évaluation dérisoire étant comme non avenue, le cas rentre dans le précédent : le droit gradué sera perçu encore suivant le cours moyen de la Bourse, au jour du contrat.

« Mais si la déclaration des parties est sérieuse, quoique inférieure au cours moyen, elle ne saurait être écartée et doit servir de base à la perception du droit gradué ».

La loi n'exige pas que les futurs époux fassent une estimation détaillée de leurs biens, elle se contente d'une évaluation en bloc. Il faut entendre par là non seulement que chacun des futurs peut estimer *in globo* son apport, mais encore que les parties sont libres de donner une

seule évaluation pour leurs apports réunis. Les contribuables ne sont pas en effet tenus, pour la seule commodité du Trésor, de distinguer là où la loi ne distingue pas.

Toutefois, l'estimation doit être précise, en ce sens qu'il ne suffirait pas d'indiquer que la valeur des apports se trouve comprise dans l'une des divisions du tarif, par exemple, de dire pour un apport de 25.000 francs, qu'il vaut de 20.000 francs à 40.000 francs.

68. — SIXIÈME QUESTION. — *Des évaluations inexactes.*

L'instruction générale du 29 février 1872, n° 2433, reconnaît qu'il y a lieu de distinguer entre les fausses évaluations intentionnelles et les simples insuffisances. Seules, les évaluations intentionnellement fausses, c'est-à-dire les dissimulations proprement dites, sont passibles de l'amende; les simples insuffisances ne donnent ouverture qu'à un droit complémentaire (1). Ce point est d'ailleurs parfaitement établi par les travaux préparatoires de la loi de 1872.

Ainsi donc, pour le droit gradué, le législateur, contrairement au principe de la loi de frimaire, tient compte de la bonne foi des parties. C'est une innovation remarquable que cette admission de la bonne foi pour excuse en droit fiscal.

Pour reconnaître s'il y a eu ou non bonne foi, il faudra s'attacher aux circonstances spéciales de chaque affaire et cette question de fait sera tranchée souverainement par les tribunaux.

(1) On a soutenu que les simples insuffisances n'étaient pas même passibles du droit simple complémentaire. Cette opinion, basée sur l'interprétation stricte du texte de l'article 3 de la loi de 1872, qui ne prévoit que les dissimulations intentionnelles ne nous paraît pas devoir être admise. Il nous semble que les dissimulations et les simples insuffisances sont assimilées au point de vue de la perception du droit complémentaire et que ce n'est que pour l'amende, que le traitement à leur appliquer diffère.

Le plus souvent, ainsi que l'indiquait le rapport de la commission du budget, il y aura dissimulation intentionnelle, quand l'insuffisance résultera d'actes antérieurs au contrat de mariage et connus des parties ; au contraire, l'on se trouvera en présence d'une simple insuffisance, quand la faiblesse de l'évaluation sera mise en lumière par des actes postérieurs.

L'amende ne sera d'ailleurs encourue qu'autant que la dissimulation aura causé un préjudice au Trésor (1).

Preuve des évaluations inexactes. — Prescription. — L'article 3 de la loi du 28 février 1872 est ainsi conçu : « Si, dans le délai de 2 années à partir de l'enregistrement des actes spécifiés en l'article 1^{er} ci-dessus, la dissimulation des sommes ou valeurs ayant servi de base à la perception du droit est établie par des actes ou écrits émanés des parties ou par des jugements, il sera perçu, indépendamment des droits simples supplémentaires, un droit en sus lequel ne peut être inférieur à 50 francs ».

Cet article est suffisamment clair et ne demande aucune explication particulière. Il est seulement utile de remarquer que la loi accepte uniquement, comme moyens de preuve, les actes ou écrits émanés des parties, ainsi que les jugements, et par cela même exclut les autres preuves admises par la loi de frimaire an VII, notamment l'expertise.

L'amende encourue, pour cause de dissimulation, se prescrit par deux ans, l'article 3 le dit textuellement.

Mais, cet article passe sous silence les simples insuffisances, en sorte que l'on s'est demandé si, pour ces dernières, la prescription applicable était celle de 2 ans ou bien celle de droit commun, c'est-à-dire celle de 30 ans.

Nous pensons que la prescription de deux ans est en-

(1) Sol. Août 1872. — Septembre 1872.

core applicable en cette hypothèse, parce que, les droits simples supplémentaires dus en cas de dissimulation étant prescriptibles par deux ans, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour les droits simples exigibles en cas d'insuffisance et, en outre, parce qu'il serait inadmissible que la fraude fût mieux traitée que la bonne foi.

69. — SEPTIÈME QUESTION. — *De la déduction du passif.* — La loi de frimaire consacre d'une façon absolue le principe de la non distraction des charges pour la liquidation du droit proportionnel. Les auteurs de la loi du 28 février 1872 ont porté la première atteinte à ce système et ont admis que le droit gradué serait calculé sur l'actif net des valeurs, déduction faite du passif.

Le projet de loi, présenté par le gouvernement, et la rédaction adoptée par la Commission du budget n'indiquaient pas d'une manière précise que le droit gradué devait être perçu sur les apports personnels des époux, déduction faite des dettes. M. Sebert, ayant demandé, au cours de la discussion, que le passif fût déduit et que la loi en fit mention, M. Mathieu Bodet lui répondit : « Il ne peut y avoir de doute sur la question qui vient d'être soulevée. Il est certain que le droit gradué établi par le projet de loi sur les apports, soit dans le § 1, soit dans les §§ 4, 5 et 6, ne portera que sur les apports nets. Nous n'avons pas compris ces divers paragraphes autrement ». L'article fut modifié en ce sens.

La loi autorise la distraction, non pas seulement des dettes de sommes d'argent, mais encore de toutes charges de quelque nature qu'elles puissent être. Elle n'exige aucune preuve de la réalité du passif ; les parties sont libres de le fixer arbitrairement à leurs risques et périls et sauf le droit de contrôle de l'Administration.

Les futurs époux peuvent même se dispenser de faire deux déclarations mentionnant l'une l'apport brut, l'au-

tre le passif à en déduire, il suffit qu'ils relatent le montant net de leurs apports (1).

A propos de notre question, on s'est demandé si, lorsque le passif de l'un des époux excédait le montant de son apport, la différence devait être déduite de l'apport de l'autre époux.

La doctrine de l'Administration est fixée en ce sens que, pour la liquidation du droit gradué, on ne doit déduire le passif grevant l'apport de chaque époux que de cet apport lui-même, sans pouvoir l'imputer, dans le cas où il est supérieur à cet apport, sur la valeur de l'apport de l'autre époux (2). Elle se base sur les travaux préparatoires de la loi de 1872 d'où il résulterait que, par l'expression « montant net des apports personnels des époux », il faut entendre le montant net de chacun de ces apports.

Nous considérons, comme plus sûre, l'opinion que les Rédacteurs ont développée au n° 22339 du *Journal de l'enregistrement* et, d'après laquelle, la loi n'a pas établi un droit gradué distinct sur les apports de chaque époux, mais, au contraire, a édicté un droit unique sur le montant cumulé de ces apports. Le droit fixe de 5 francs embrassait toutes les dispositions dont la réunion formait le contrat de mariage et parmi elles les déclarations d'apports des deux époux. Le droit gradué qui le remplace a la même assiette, et par suite, il faut considérer que les apports sont passibles d'un droit indivisible. L'Administration, ainsi que nous l'avons vu plus haut (3), admet elle-même le cumul des apports actifs pour le calcul du droit gradué ; or, n'est-il pas illogique de repousser l'indivisibilité des apports quand il s'agit de déterminer le

(1) En ce sens *Journal du notariat*, n° 2573.

(2) Sol. 16 juin 1884, *J. E.* 22339. — Sol. 17-24 avril 1888. *Revue pratique de l'Enregistrement, des domaines, du timbre et des hypothèques*, T. III, n° 2623.

(3) N° 65.

passif à déduire? Pour nous, cette indivisibilité est absolue et doit être acceptée, aussi bien au point de vue actif, qu'au point de vue passif.

70. — HUITIÈME QUESTION. — *Contrats de mariage ne contenant aucune énonciation de sommes et valeurs ni dispositions susceptibles d'évaluation.*

D'après l'article 2 de la loi du 28 février 1872, combiné avec l'article 4, ce contrat n'est passible que du droit principal de 5 francs, minimum du droit gradué (1).

(1) En ce sens Sol. octobre 1873.

CHAPITRE IV

EXAMEN DES CONVENTIONS MATRIMONIALES PROPREMENT DITES.

71. — Le droit gradué couvre toutes les stipulations essentielles et constitutives du contrat de mariage, à savoir :

1° La déclaration des apports ;

2° La reconnaissance des apports ;

3° Et l'adoption du régime matrimonial, c'est-à-dire toutes les stipulations qui, en formant le pacte de famille et de société entre les conjoints, ne peuvent être considérées comme des libéralités faites entre les futurs ou en leur faveur.

Ceci résulte du texte, ci-dessus rapporté au n° 57, de l'article 68, § 3, n° 1 de la loi de frimaire.

Il ne doit donc être perçu aucun droit particulier sur ces stipulations, quelles que soient leurs conséquences, qu'elles constituent ou non un avantage au profit des époux, qu'elles emportent ou non une transmission de propriété ou de jouissance. En effet, ces stipulations ne sont pas les « stipulations avantageuses » dont parle le texte précité ; elles sont inhérentes au contrat et ne peuvent pas être tarifées indépendamment de l'acte principal, auquel elles se rattachent et qui les constate.

Nous aurons à faire l'application de ces règles fondamentales, en parcourant les divers régimes matrimoniaux auxquels les futurs époux peuvent soumettre leur association.

Néanmoins, il est certaines circonstances qui font

qu'une stipulation, ayant ordinairement le caractère de convention matrimoniale, dégénère en une stipulation avantageuse passible, par conséquent, d'un droit distinct de celui perçu sur le contrat. Il s'agira donc de rechercher les caractères distinctifs des conventions de mariage et des stipulations avantageuses, et ce sera l'un des objets du présent chapitre.

SECTION I.

De la déclaration des apports.

72. — Les déclarations d'apports ne donnent pas ouverture au droit proportionnel, parce qu'elles sont un des éléments essentiels du contrat de mariage. Elles n'ont d'ailleurs qu'un effet déclaratif, car les transmissions qui s'opèrent relativement aux biens des futurs époux sont l'œuvre du contrat de mariage lui-même.

L'indication de l'origine des biens peut être passible du droit proportionnel, lorsqu'elle forme un titre de créance, de vente, ou de libération.

De même, en vertu de la loi du 18 mai 1850, le droit proportionnel serait exigible si les époux déclaraient que les biens compris dans leur apport leur provenaient d'un don manuel (1).

73. — A ce propos, est née la question suivante (2) : L'Administration peut-elle établir par des présomptions de fait que l'énonciation d'un apport personnel cache effectivement une déclaration de don manuel ? Par exemple, lorsque dans un contrat de mariage, la future épouse, qui n'exerce aucune profession et qui vient à peine de sortir de minorité, s'est constitué en dot une somme fort élevée, l'Administration peut-elle prétendre

(1) Tours 15 mars 1889. *Rép. pér.*, 7332.

(2) Voir M. G. Demante, *op. cit.*, II, n° 603.

que, d'après l'âge et la position de la comparante, cette somme provient d'un don manuel à elle fait par ses père et mère encore vivants et percevoir le droit de donation? Après controverse, la négative a prévalu en jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1859 (1) a décidé: « que la loi du 18 mai 1850, en fondant la perception de ce droit, non sur le fait pur et simple du don manuel, *mais bien sur le fait* distinct et nettement caractérisé de la déclaration de ce don dans l'acte par le donataire, a voulu surtout interdire des recherches qui ne pourraient, en dehors de cette déclaration ou des stipulations de l'acte formant titre obligatoire entre les parties, tendre finalement à la constatation des dons manuels à l'aide de simples présomptions sans porter par là même une grosse atteinte au principe qui, en fait de choses mobilières, et notamment vis-à-vis de la Régie, couvre d'une immunité inviolable la pleine et entière liberté de leur transmission » (2).

74. — *De l'estimation de la dot.*

(a) *Estimation de la dot mobilière.* — D'après l'article 1551, C. civ., sous le régime dotal, l'estimation des meubles compris dans l'apport de la future épouse en fait vente au mari. L'Administration, après avoir prétendu percevoir le droit de vente mobilière à 2 0/0, a reconnu elle-même (3) que cette estimation n'était pas assujettie au droit proportionnel. En effet, cette estimation ayant pour but de déterminer l'importance de la dot, se confond avec la reconnaissance de dot qui est expressément dispensée du droit proportionnel. Il

(1) *Rép. pér.*, 1269. Instr., 30 juin 1860, 2174, n° 5.

(2) Un arrêt de la Chambre des requêtes du 20 mars 1855, rendu dans des circonstances tout à fait spéciales ne doit pas être invoqué contre notre opinion (Instr., 2042, § 3).

(3) D. finances et justice, 12 et 22 mai 1810. — Instr. gén., 11 juillet 1810, n° 481-10.

faut ajouter que la place de l'article 1551 au titre du contrat de mariage indique nettement que l'estimation est une pure convention de mariage.

De même, sous le régime de la communauté d'acquêts, il y a simple apport en mariage dans la clause, d'après laquelle l'estimation donnée aux meubles, au fonds de commerce de l'un des époux, par exemple, en vaut vente à la communauté (1).

(b) *Estimation de la dot immobilière.* — La question, très controversée dans l'ancien droit, de savoir si l'estimation des immeubles de la femme était translatrice de propriété au mari, est tranchée aujourd'hui par l'article 1552, C. civ., d'après lequel il faut, pour que l'estimation de l'immeuble dotal vaille vente, une déclaration formelle en ce sens.

Si l'estimation ne fait pas vente, aucun impôt particulier n'est dû, parce que les droits que le mari acquiert sur les biens dotaux sont une conséquence de la loi elle-même.

Mais, à *contrario*, le droit proportionnel est-il exigible sur l'estimation de l'immeuble dotal faite pour valoir vente? Par un arrêt du 1^{er} mars 1809 (2), la Cour de cassation a répondu affirmativement en se basant sur ce que le mot vente, contenu dans la déclaration des époux, conférait à la clause le caractère d'une vente (3).

L'autorité de cet arrêt est contestable; l'argument qu'il invoque n'est pas décisif. M. Naquet le réfute très bien en ces termes : « Le mot vente, employé par les parties n'a pas d'importance, car c'est uniquement pour obéir à la disposition de l'article 1552 qu'il a été inséré dans le contrat. Et cet article lui-même n'en exige l'em-

(1) D'ailleurs, le fonds de commerce tomberait dans la communauté par le seul fait de son estimation, bien qu'il n'ait pas été ajouté qu'elle valait vente. *Sic.*, Falaise, 14 janvier 1880. J. E. 21440.

(2) J. E. 8909.

(3) En ce sens, Championnière et Rigaud, IV, n° 2919.

ploi que pour assimiler l'estimation à celle des meubles. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que la clause prévue par l'article 1552 a la même portée que celle prévue par l'article 1551 ? » (1).

Dans l'ancien droit, Chopin disait : « La courtoisie française n'a point admis cette rigueur, parce que l'intention des parties n'a pas été de vendre mais de contracter mariage ». Or, ce système, qui prévalait dans l'ancienne jurisprudence, a-t-il été condamné par la loi de frimaire ? rien ne permet de l'affirmer.

Aussi, croyons-nous que l'estimation des immeubles de la femme doit-être assimilée à l'estimation de ses meubles et qu'aucun droit proportionnel n'est encouru, pas plus dans un cas que dans l'autre.

Mais, le droit proportionnel applicable aux mutations à titre onéreux serait incontestablement dû si, en paiement de la dot mobilière promise, le mari recevait un immeuble.

De même, on percevra le droit de transmission immobilière, à titre onéreux, si la femme accepte que sa dot mobilière immobilisée soit représentée par un immeuble appartenant à son mari et signalé dans le contrat de mariage comme devant tenir de nature de propre à elle-même (2).

75. — *Pouvoir d'aliéner les biens dotaux.* — Après quelques hésitations, l'Administration a admis que le pouvoir, donné par le contrat de mariage au mari, de vendre les immeubles appartenant à la future, était affranchi de tout droit particulier. En effet, ce qui démontre que ce pouvoir est une dépendance du contrat, c'est qu'il ne peut être donné en dehors (3).

76. — *Autorisation donnée par le contrat à la femme*

(1) M. Naquet, III, 1042, p. 15.

(2) Championnière et Rigaud, IV, n° 2921.

(3) Instr. 1205, § 4. J. E. 6400-8564.

d'exercer le commerce en général. — Cette clause n'entraîne aucun droit particulier.

77. — *Déclaration d'apport émanant des époux pendant la durée de la société conjugale.* — Ces déclarations participent des inventaires et sont assujetties au droit fixe de 3 francs applicable aux actes innomés (1).

SECTION II

De la reconnaissance des apports.

78. — (a). *Reconnaissance par le futur d'avoir reçu la dot de la future.* — Aucun droit proportionnel n'est dû, car c'est une disposition dépendante du contrat. Peu importe le régime matrimonial adopté ou la nature des biens apportés.

Cette reconnaissance a une très grande importance, notamment au point de vue des droits de mutation à payer lors du décès de l'un des conjoints. C'est ainsi qu'une solution du 20 octobre 1879 (2) décide que la dot que la femme s'est constituée personnellement et dont le mari a consenti à être chargé, par le seul fait du mariage, doit, au décès de la femme, subir la perception du droit de mutation, sans que l'on puisse établir, même par la reconnaissance de la femme, que la dot n'avait jamais été versée entre les mains du mari.

79. — (b). *Reconnaissance par la future qu'elle a reçu la dot du futur.* — Ici, le droit d'obligation de 1 0/0 est encouru. La femme contracte en effet une obligation de restituer à laquelle elle est ordinairement et normalement étrangère et qui, par conséquent, n'est plus de l'essence du contrat de mariage. C'est la jurisprudence constante de la Cour de cassation (3).

(1) Rodière et Pont, I, n° 218.

(2) J. E. 21340.

(3) 7 février 1838. — Instr. 31 décembre 1838, n° 1577, § 4.

80. — (c). *Reconnaissance par un tiers ou par le futur et un tiers* CONJOINTEMENT *d'avoir reçu la dot de la femme.*

On percevra le droit de 1 0/0 sur la part que doit restituer le tiers (1).

81. — (d). *Reconnaissance par le futur et un tiers* SOLIDAIEMENT *d'avoir reçu la dot de la femme.* — Cette solidarité influera-t-elle sur la perception? MM. Rodière et Pont (2), MM. Championnière et Rigaud (3) veulent que, dans ce cas, aucun droit ne soit exigible. Cette opinion, soutenue également par M. Garnier (4), nous semble devoir être admise. « En effet, dit M. Garnier, dans l'obligation solidaire, il n'existe qu'une obligation, quoi qu'il y ait plusieurs obligés et il n'est perçu qu'un seul droit: le paiement du droit par un seul en libère les autres débiteurs; or, l'exemption du droit équivalant au paiement, on doit en conclure que l'exemption qui résulte pour le fils (dans l'espèce le tiers est le père du futur époux) des dispositions de la loi profite au père. Que si l'on se place à un autre point de vue et que l'on dise que, la somme reçue devant profiter au fils seul, les considérations que nous avons développées, en matière de cautionnement, sont ici applicables et rendent exigibles un droit de cautionnement de la part du père, nous répondrons que la reconnaissance de dot de la part du futur n'engendrant aucun droit, aucun droit de cautionnement ne peut être perçu » (5).

Ce système a été consacré par un jugement du tribunal de Brives rendu le 28 août 1878 (6).

(1) Marmande, 27 décembre 1888. *Rép. pér.* 7296.

(2) I, n° 237.

(3) Championnière et Rigaud, n° 1075.

(4) *Rép. gén.*, n° 5219.

(5) *Contrà* M. Naquet, III, 1049, p. 19.

(6) *Rép. pér.*, 5214.

82. — (e). *Reconnaisances contenues dans un acte autre que le contrat de mariage.*

Les reconnaissances faites par le mari par acte séparé, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution, sont affranchies du droit proportionnel, comme les déclarations d'apports constatées en dehors du contrat de mariage.

Ces reconnaissances doivent être considérées comme une exécution du mandat conféré au mari par le contrat de mariage et les dispositions générales du Code civil d'administrer les biens de sa femme. Le droit fixe seul est donc exigible par application du § 1, n° 6 de l'article 68 de la loi de frimaire qui frappe de ce droit « les actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément et la consommation d'actes antérieurs enregistrés » (1).

En serait-il encore de même, sous le régime dotal, pour les déclarations faites par le mari qu'il est comptable de sommes provenant des biens paraphernaux de sa femme? — La Régie avait voulu percevoir sur cette reconnaissance le droit d'obligation de 1 0/0. Mais la Cour de cassation a rejeté cette prétention et décidé que la reconnaissance faite par le mari des sommes dont il est comptable envers la femme, comme administrateur des biens paraphernaux de celle-ci, n'est que l'exécution d'une obligation préexistante, dérivant d'un mandat *exprès* ou *tacite*, et par suite n'est passible que d'un droit fixe. Le droit proportionnel ne serait exigible qu'au cas où le mari reconnaîtrait que les sommes, ainsi touchées, lui auraient été remises par la femme à titre de prêt (2).

M. Naquet enseigne un système mixte : d'après lui, cette reconnaissance, relative aux capitaux provenant des biens paraphernaux de la femme, échappe au droit proportionnel quand le mari a pris l'administration des

(1) Cass. 8 août 1836. D. 39. 1. 114.

(2) Cass., 16 juillet 1855. D. 55. 1. 506.

biens de sa femme de son propre mouvement, conformément à l'article 1478 du Code civil, tandis qu'elle est passible du droit d'obligation dans le cas où le mari a reçu les capitaux de sa femme à la suite d'un mandat que celle-ci lui a conféré, en vertu de l'article 1577 du Code civil (1).

Nous croyons devoir nous ranger à l'opinion de la Cour de cassation et décider que, dans tous les cas, que le mandat soit exprès ou tacite, le droit fixe est seul exigible parce que, dans les deux hypothèses, « la reconnaissance ne contient qu'un règlement destiné à faciliter la liquidation qui doit avoir lieu à la dissolution du mariage et l'exécution d'une obligation préexistante établie par la qualité du mari » (2).

SECTION III

De l'adoption d'un régime.

§ I. — *Régime en communauté.*

83. — A. *Stipulation de la communauté légale.*

Cette stipulation est de l'essence même du contrat de mariage et ne donne, en conséquence, ouverture à aucun droit particulier indépendant de celui du contrat, quoique le régime de la communauté légale engendre des mutations réciproques entre époux (3).

En outre, l'Administration a reconnu elle-même, après controverse, que l'article 68, § 3, n° 4 de la loi de frimaire qui soumet au droit fixe (aujourd'hui droit gradué) les actes de formation de société, était étranger aux contrats

(1) M. Naquet, III, 1050, p. 20.

(2) Arrêt précité du 16 juillet 1855. Cass. ch. civ.

(3) Instr. du 3 fructidor an XIII, n° 290, § 9 et 16.

de mariage contenant adoption du régime de la communauté.

84. — B. *Stipulation de communauté conventionnelle.*

Les parties tenant directement de la loi le droit de régler leur association, les règles de perception sous le régime de la communauté conventionnelle de biens restent les mêmes que pour la communauté légale.

Toutefois, les stipulations modificatives de la communauté légale sont susceptibles de produire des effets qui les empêchent d'être considérées comme des dépendances du contrat. Pour déterminer exactement leur nature, il est nécessaire de passer en revue chacune des clauses qui, suivant la rubrique de la 2^e partie du titre V du livre III du Code civil, « peuvent modifier ou même exclure la communauté légale. »

¹ent *Clauses restrictives de la communauté légale.*

85. — En vertu des principes qui précèdent, sont exemptées de tout impôt particulier les clauses par lesquelles se trouve réduite la composition du fonds commun.

Ces clauses sont :

1^o La clause de réduction de la communauté aux acquêts (articles 1498 et 1499, C. civ.).

2^o La clause de réalisation totale ou partielle du mobilier ;

3^o Et la clause par laquelle les futurs époux stipulent qu'ils mettent réciproquement dans la communauté leur mobilier jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée (articles 1500 et suivants, C. civ.).

86. — De même que la communauté légale, la stipulation de communauté de biens réduite aux acquêts n'en court pas le droit particulier de formation de société.

Par analogie, ce droit ne sera pas exigible sur la société

d'acquêts jointe au régime dotal. Une décision du 15 juin 1827 s'est prononcée en ce sens. En effet, la clause d'adoption du régime dotal avec société d'acquêts est gouvernée par les mêmes principes que la stipulation de communauté réduite aux acquêts (1581, C. civ.).

87. — Il peut arriver que les futurs époux attribuent à l'un d'eux par leur contrat de mariage soit la totalité, soit une quotité plus ou moins forte que sa part dans les acquêts de la communauté. Il n'y a pas là une libéralité, mais une combinaison de la stipulation d'acquêts avec la clause de l'article 1525 du Code civil. Cette hypothèse rentre dans la question plus générale du partage inégal de l'actif commun et sera traitée en même temps qu'elle (1).

2^e Clauses extensives de la communauté légale.

1^o Communauté universelle ou à titre universel.

88. — D'après l'article 1526, C. civ. « *les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles présents et à venir ou de tous leurs biens présents seulement ou de tous leurs biens à venir seulement.* »

La stipulation de communauté universelle, ou à titre universel, est traitée par la loi comme une convention de mariage, elle est donc dispensée en principe du droit proportionnel.

Peu importe que les apports des époux soient inégaux, peu importe que les époux mettent en communauté, soit tous leurs biens présents et à venir, soit tous leurs biens à venir seulement, soit uniquement leurs biens présents.

On ne peut voir dans cette convention, ni dans le fond, ni dans la forme, une libéralité en faveur de l'époux qui

(1) Voir *infra* nos 106 et suivants.

apporte le moins, quand même cet époux aurait, lors du partage, le droit de prendre autant que son conjoint qui a fait un apport plus fort (1).

Par l'effet de la convention de communauté universelle, les biens meubles et immeubles compris dans les apports deviennent la propriété de la communauté. Cette transmission, étant le résultat du régime matrimonial adopté par les futurs, est affranchie de tout droit spécial sur le contrat.

89. — Mais, en est-il encore de même quand, lors du partage, la propriété des biens apportés par l'un des époux est attribuée à l'autre conjoint ? — En matière de société, l'apport est bien dispensé du droit, mais l'attribution de cet apport à un associé autre que celui qui l'a fait y est assujetti. Toutefois, de ce que le mariage est une sorte d'association, on ne peut induire qu'il faille lui appliquer tous les principes qui régissent les sociétés. En effet, la société conjugale est une société *sui generis* qui a ses règles propres. Les apports dans les sociétés ordinaires ne sont que *provisoirement* dispensés de tout droit de mutation, tandis que les apports en mariage sont *définitivement* exempts du droit proportionnel (2). Il en résulte que le droit proportionnel n'est pas dû sur l'attribution à l'un des époux du bien apporté par son conjoint, à moins qu'il n'y ait stipulation d'une soulte à la charge de l'époux acquéreur (3).

Si cette solution fut contestée, ce fut surtout, ainsi que nous allons le voir dans un instant, à propos de l'ameublissement ; pour la communauté universelle au contraire, l'administration admit de bonne heure l'exemption absolue d'un droit particulier dans l'espèce dont s'agit.

(1) M. G. Demante, II, n° 623.

(2) Cass. 7 avril 1856. S. 56. 1. 538.

(3) En ce sens M. Naquet, III, n° 1073.

90. — Faudrait-il voir une libéralité réductible dans la stipulation de communauté universelle, si l'un des époux n'avait rien mis dans la communauté et si l'autre y avait apporté sa fortune entière présente et future? Un système, fort répandu en doctrine et en jurisprudence, répond affirmativement à cette question, parce que la communauté universelle suppose un apport réciproque (1).

Néanmoins, nous nous rangeons à l'opinion contraire, d'après laquelle la communauté universelle présente toujours les caractères d'un contrat aléatoire. Si la distinction admise par le premier système devait prévaloir, il faudrait aller jusqu'à dire, suivant l'expression de Troplong (2), qu'on serait obligé d'effacer la communauté et d'y substituer la donation « toutes les fois que l'un des époux apporte beaucoup et l'autre peu ou rien. Je ne connais pas, poursuit le même auteur, d'erreur plus dangereuse en cette matière; s'il en était ainsi, il n'y aurait guère de contrat de mariage dont on ne pourrait renverser les bases, et la communauté légale elle-même n'échapperait pas à ce système d'équilibre et de pondération ».

91. — *La stipulation d'une communauté universelle est-elle soumise à la transcription?* — D'après les principes généraux qui gouvernent la matière des transcriptions, on serait fondé à soutenir que, par application de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, le receveur devrait percevoir, au moment de l'enregistrement du contrat, le droit de 1 fr. 50 0/0 sur la valeur des immeubles entrant dans l'actif commun (3).

(1) Rodière et Pont, n° 1436. — Voir Cass. req., 18 janvier 1888. J. E. 22969 rendu dans des circonstances spéciales.

(2) *Op. cit.*, n° 2191.

(3) En ce sens Mourlon, *Revue pratique*, II, p. 379, n° 52. Flandin, *Transcription*, I, 291. — *Contrà*, Troplong, *Transcription*, n° 64, M. Naquet, III, 1033, page 8.

Mais, la Cour de cassation, admettant par des raisons plus équitables que juridiques, que les apports immobiliers en société sont exempts du droit de transcription, la même décision devra être adoptée en ce qui concerne les immeubles tombés dans la communauté universelle.

Toutefois, le droit de transcription deviendrait exigible, si les parties, en vue d'éviter toutes contestations possibles, soumettaient volontairement leur contrat de mariage à la formalité. Le droit serait calculé sur la valeur vénale des immeubles.

92. — *Conséquences.* — De ce que les biens apportés deviennent la propriété de la communauté et forment une seule masse appartenant par moitié à chacun des époux, il résulte :

1^o Qu'il n'est pas dû de droit de mutation mobilière ou immobilière par l'époux qui recueille, à titre de préciput, les biens apportés par le prémourant (1).

2^o Que les héritiers du prédécédé doivent acquitter le droit de mutation sur la moitié de tous les biens composant la communauté, qu'ils proviennent originairement de l'un ou de l'autre des époux.

2^o Clause d'ameublement.

93. — D'après MM. Aubry et Rau (2), « l'ameublement est la mise en communauté d'une manière plus ou moins absolue de tout ou partie des immeubles des époux ».

94. — Au point de vue civil, on distingue plusieurs espèces d'ameublement. Pour rester dans le cadre de notre sujet, il suffit d'indiquer que l'ameublement peut être déterminé ou indéterminé. Il est déterminé, quand l'époux a déclaré ameubler tous ses immeubles

(1) Délib. 30 octobre 1832.

(2) T. V, § 524, p. 472.

ou l'un d'eux ; il est indéterminé, quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté un de ses immeubles ou tous ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

L'ameublement déterminé déplace actuellement la propriété ; l'ameublement indéterminé oblige l'époux, qui l'a fait, à comprendre dans la communauté, lors de sa dissolution, une portion de ses biens personnels équivalente à la somme promise.

Cette distinction de l'ameublement en déterminé et indéterminé est intéressante au point de vue des pouvoirs du mari, quand il s'agit d'un bien apporté par la femme, mais elle n'entraîne aucune conséquence en ce qui concerne la question d'enregistrement sous l'empire de la loi fiscale actuelle. C'était seulement dans l'ancien droit financier qu'il importait de connaître la nature de l'ameublement stipulé au contrat. A cette époque, aucune mise en société n'échappant au droit proportionnel, l'ameublement déterminé se trouvait passible de cet impôt. L'on ne discutait que sur le point de savoir si le droit était exigible immédiatement ou seulement au partage. Au contraire, l'ameublement indéterminé, n'engendrant qu'un droit de créance au profit de la communauté, échappait au droit.

Aujourd'hui, qu'il soit déterminé ou indéterminé, l'ameublement engendre les mêmes effets à l'égard de la perception de l'impôt. La mutation produite par l'ameublement déterminé est exempte du droit, tant en vertu du régime relatif aux apports dans les sociétés ordinaires, qu'en vertu des principes propres à la société conjugale (1).

95. — Voici une clause qui se rencontre quelquefois dans les contrats de mariage : l'un des futurs époux, propriétaire d'un immeuble, l'ameublit à charge par son con-

(1) Déc. min. f. du 3 oct. 1828.

joint de payer soit sur ses propres, soit sur sa part des bénéfices de la communauté la moitié de sa valeur ; cette clause fait-elle encourir un droit particulier sur le contrat ? Non, parce qu'elle produit les effets d'un ameublement déterminé et qu'elle ne contient rien qui excède la nature des conventions de mariage (1).

96. — Néanmoins, l'ameublement cesserait d'être traité comme une pure convention de mariage, s'il dissimulait une vente conditionnelle : *fraus omnia corrumpit*.

97. — *Transcription*. — Ce qui a été dit à propos de la communauté universelle, relativement au droit de transcription, s'applique à l'ameublement (2).

98. — L'ameublement est accompagné d'une disposition particulière par laquelle les immeubles ameublis par l'un des époux sont attribués soit en propriété soit en usufruit à l'autre conjoint.

Une pareille disposition constitue-t-elle une libéralité ?

L'Administration avait d'abord admis l'affirmative et prescrivait la perception du droit de donation éventuelle, sauf à appliquer le droit proportionnel à l'événement.

Mais, aujourd'hui, on tient pour certain qu'il n'est dû aucun droit spécial sur cette clause, attendu qu'elle n'excède en aucune façon le caractère de convention matrimoniale dans le sens de l'article 1525, C. civ. (3).

99. — Du droit de rétention accordé par l'article 1509, C. civ., à l'époux qui a fait l'ameublement.

L'article 1509 C. civ. est ainsi conçu : « *l'époux qui a ameubli un héritage a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors et ses héritiers ont le même droit* ».

(1) Sol., 23 juillet 1812.

(2) Délib. 1^{er} avril 1843. — Conf. Mourlon, *Revue pratique*, II, p. 473, n^o 39.

(3) En ce sens, Cass., 26 décembre 1831. Dalloz, V^o *Enregis.*, p. 152, note 1. — Soissons, 18 décembre 1832. — Déc. min. fin., 23 décembre 1863.

C'est ce que, dans la pratique, on nomme le droit de rétention.

100. — 1^{re} *Question*. — L'auteur de l'ameublement renonce dans le contrat de mariage à la faculté de retrait que lui accorde l'article 1509, C. civ.; cette renonciation entraîne-t-elle l'exigibilité d'un droit particulier sur le contrat ?

La négative résulte d'une délibération du 15 mars 1823; « la clause principale, celle de l'ameublement, ne donnant ouverture à aucun droit, il est rationnel qu'il en soit de même pour une disposition qui ne fait que modifier cette clause principale ».

101. — 2^e *Question*. — L'époux, qui a fait l'ameublement, n'a pas dans le contrat renoncé au bénéfice de rétention : à la dissolution de la communauté, l'immeuble ameubli doit-il être considéré comme un acquêt de communauté ou comme retournant à titre de propre à l'époux qui a fait l'ameublement ?

L'on suppose, bien entendu, que la femme ou ses héritiers ont accepté la communauté.

Cette question est intéressante, tant au point de vue de l'attribution dudit immeuble à l'époux qui n'en a pas fait l'apport, qu'à l'égard des droits de mutation à payer lors du décès du prémourant.

Une longue controverse, sur laquelle il n'est plus nécessaire d'insister aujourd'hui, a eu lieu à ce propos. Les débats, commencés à la suite d'une décision du Ministre des finances du 3 août 1828, ont été clos par une autre décision du 23 décembre 1863, laquelle contient les règles de perception à suivre actuellement (1).

Cette décision ministérielle est ainsi conçue :

« Les renonciations à la faculté d'option, consenties postérieurement au contrat de mariage, ainsi que les attributions par l'effet du partage des immeubles ameu-

(1) Instr. du 22 février 1865, n° 2307.

blis au lot de l'époux qui ne les a point apportés, ou de ses représentants, ne peuvent donner lieu au droit proportionnel de mutation entre-vifs, sauf la perception de ce droit dans le cas où il aurait été stipulé une soulte applicable aux immeubles ameublis.

« Si le mariage est dissous par le décès de l'époux qui a fait l'ameublement, les héritiers doivent comprendre dans la déclaration de la succession : avant partage, la moitié de l'immeuble et, après partage, le lot qui leur est échu.

« Si la dissolution du mariage arrive après le décès de l'époux qui n'a pas fait l'ameublement, les héritiers doivent de même déclarer la moitié de l'immeuble avant partage et, après partage, le lot attribué au défunt.

« D'après ce qui précède, aucune indemnité ne pouvant être due à la communauté, il n'y a point à en comprendre dans la masse pour la liquidation du droit. »

Cette doctrine se justifie par des considérations historiques ainsi que par la nature même du droit de rétention.

En adoptant cette thèse, l'Administration ne fait en réalité que revenir à sa première manière de voir telle qu'elle était indiquée dans un avis du comité des finances du 14 juin 1826 approuvé le 7 juillet suivant.

102. — 3^e *Question*. — La femme renonçante à la communauté peut-elle exercer le droit de rétention?

Il faut répondre négativement, car, en disant que l'époux retient l'immeuble ameubli en le précomptant sur sa part, l'article 1509 montre bien que la rétention est subordonnée à l'acceptation de la communauté. Par suite, la femme devrait acquitter le droit proportionnel si son mari ou ses héritiers consentaient à lui attribuer l'immeuble par elle ameubli (1).

Toutefois, elle pourrait exercer le droit de rétention,

(1) Rodière et Pont, II, 1433.

même en renonçant à la communauté, si son contrat de mariage contenait pour elle cette faculté. Mais si, ayant retiré son immeuble, elle le cédait à son mari ou à ses héritiers le droit de mutation serait encouru (1).

103. — Un des futurs époux apporte à la communauté une somme à prendre sur un de ses immeubles désignés. Cette mise en communauté peut-elle être considérée comme un ameublement jusqu'à concurrence de la somme indiquée? Non; il n'est pas possible de lui donner ce caractère. Par suite, si, par l'effet du partage, l'immeuble ainsi affecté passait à l'autre conjoint, le droit proportionnel serait encouru suivant la nature de la transmission (2).

Même solution pour le cas où la future aurait autorisé son mari à vendre l'un de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une somme devant tomber dans la communauté.

3^{ent} Clauses modificatives des effets de la communauté légale.

104. — 1^o *Clause de séparation des dettes (art. 1510 à 1513, C. civ.).*

C'est la clause par laquelle les époux, tout en laissant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, conviennent que cette communauté ne sera pas chargée de leurs dettes ou de celles de l'un d'eux.

C'est une convention de mariage, excluant toute idée de libéralité entre les époux et qui, par suite, n'est soumise à aucun droit particulier.

Il pourrait cependant arriver que cette convention devint l'occasion d'un avantage passible du droit proportionnel. Ceci se présentera, par exemple, dans le cas où il serait, lors du partage, attribué à l'un des conjoints

(1) Mamers, 14 mai 1850. J. E. 14946.

(2) Championnière et Rigaud, n^o 2894.

des dettes qui ne seraient pas les siennes propres (1).

105. — 2° *Clause accordant à la femme la faculté de reprendre son apport franc et quitte.*

Cette stipulation, autorisée par l'article 1514 du Code civil, quelque avantageuse qu'elle puisse paraître pour la femme, n'est cependant au fond qu'une pure convention de mariage affranchie de tout droit particulier.

4^{ent} Clauses dérogeant au principe du partage de la communauté par moitié.

106. — L'article 1474 du Code civil indique qu'après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse de la communauté, le surplus se partage par moitié entre les conjoints ou ceux qui les représentent.

Mais, les futurs époux ne sont pas liés par la répartition du Code ; ils sont libres de la modifier à leur gré.

C'est ainsi que l'article 1520 mentionne qu'ils peuvent déroger de trois manières à la règle du partage de la communauté :

1° Soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers dans la communauté qu'une part moindre que la moitié ;

2° Soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers qu'une somme fixe pour tout droit de communauté ; c'est la clause de forfait ;

3° Soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux seulement.

De même, les futurs époux ont le droit de stipuler que le survivant d'eux, ou tel d'entre eux, aura droit de prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une

(1) En ce sens Rodière et Pont, t. III, n° 1473. — Contrà, Championnière et Rigaud, II, n° 2916.

certaine quantité d'objets mobiliers en nature ; cette clause s'appelle préciput.

En dehors de ces modes spécifiés, à titre d'exemples, par la loi, les futurs époux tiennent de l'article 1387 le droit d'adopter telle autre clause de répartition inégale qu'il leur plaît de stipuler. Ainsi, ils conviendront valablement que les meubles de la communauté seront le lot de l'un d'eux, tandis que les immeubles appartiendront à l'autre ; ou bien qu'en sus de sa part l'un d'eux aura, soit la totalité des meubles, soit la totalité des immeubles communs ; ou bien que le fonds de commerce dépendant de leur communauté deviendra la propriété de l'un d'eux, d'après une estimation fixée à dire d'experts.

107. — *Quelle est la nature assignée par le Code à ces stipulations modificatives du partage égal de la communauté et, comme conséquence, quelles sont les règles de perception applicables en cette matière ?*

Voici l'intérêt de la question : si ces stipulations ne constituent pas des libéralités on devra décider :

1° Qu'aucun droit ne sera exigible, soit sur le contrat de mariage, soit lors du décès du prémourant.

2° Que les enfants nés du mariage ne pourront pas faire réduire les avantages résultant en faveur du survivant de l'adoption de ces clauses.

Attribution de la totalité de la communauté.

108. — L'article 1525 s'exprime formellement à cet égard, à propos de la clause attribuant la communauté entière au survivant. Il dit : « *Cette stipulation n'est pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés* ».

L'article 1855 du Code civil, en matière de sociétés ordinaires, déclare que la convention qui donnerait à

l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle ; mais, nous avons vu qu'à raison même de sa nature, la communauté conjugale n'était pas gouvernée par les règles des sociétés dont le but est purement pécuniaire. Le législateur en a décidé ainsi, parce que la convention, qui attribue la totalité de la communauté au survivant des époux, ou à l'un d'eux, est une dépendance du contrat de mariage lui-même.

109. — L'article 1525 contient une restriction ; il ne permet de regarder la clause d'attribution de la totalité de la communauté comme une convention matrimoniale qu'autant que les héritiers de l'époux non avantagé ont le droit de reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Autrement dit, cette clause n'est valable, comme convention de mariage, que lorsqu'elle porte sur les bénéfices de la communauté. Elle revêtirait le caractère de libéralité, si elle affectait les biens propres des époux. Cette distinction est facile à justifier : l'attribution de toute la communauté à l'un des conjoints est une stipulation aléatoire qui, si elle enrichit le survivant, n'appauvrit pas la succession du prédécédé, tandis qu'il y aurait une véritable diminution du patrimoine de ce dernier, si ses héritiers ne pouvaient reprendre ses apports.

110. — Les futurs époux peuvent valablement décider, d'une façon expresse, que les héritiers du prémourant ne feront pas la reprise des apports et capitaux tombés en communauté du chef de leur auteur (1) ; mais il y aurait là une libéralité.

111. — Conçue dans la limite de l'article 1525, l'attribution de la totalité de la communauté est une pure convention de mariage. Mais, il arrive, dans la pratique, que les futurs époux font cette attribution d'une autre manière. Ils conviennent, par exemple, que tous les biens

(1) En ce sens MM. Aubry et Rau, V, § 530. Texte et note 11.

appartiendront à tel conjoint désigné nommément ou, en précisant davantage, à tel conjoint ou à ses héritiers.

Ces combinaisons modifient-elles le caractère de la clause de l'article 1525 ?

(a) Si les parties se sont bornées à dire que la communauté appartiendrait à l'une d'elles nommément, par exemple au mari, sans déterminer autrement le sens et la portée de la stipulation et sans exiger la condition de survie, accordera-t-on aux héritiers de l'époux attributaire le droit à la totalité de la communauté comme cela a lieu en matière de forfait ? Nous croyons que les héritiers n'auront aucun droit au bénéfice de la stipulation faite au profit de leur auteur, parceque la condition de survie est sous-entendue et n'a pas besoin d'être formellement exprimée. Ils ne seraient admis à se prévaloir de cette stipulation que si l'attribution leur avait été faite expressément ou pouvait, tout au moins, s'induire en leur faveur de l'ensemble du contrat de mariage (1).

Donc, cette première modification ne donnera lieu à la perception d'aucun droit particulier sur le contrat. Mais, si, lors du partage, les parties étaient d'accord pour permettre aux héritiers de l'époux attributaire de prendre la totalité de la communauté, bien que le contrat ne leur confère pas cette faculté, un semblable arrangement devrait être considéré comme découlant d'un pacte nouveau et l'impôt serait exigible, d'après la nature de ce pacte.

(b). Si les époux ont attribué toute la communauté à l'un d'eux nommément, soit qu'il survive, soit qu'il précède, une semblable modification excède-t-elle les termes de l'article 1525 ? Oui ; ce n'est plus une convention de mariage, c'est au fond une véritable donation. La rédaction des articles 1520 à 1525 corrobore cette opinion. En effet, quand il s'agit de la clause de partage inégal ou de

(1) Dalloz, V^o *Contrat de mariage*, n^o 2993.

forfait, le législateur mentionne que ces stipulations concernent aussi bien les héritiers de l'époux que l'époux lui-même, au contraire, quand il s'agit de l'article 1525, il n'est plus question des héritiers des époux. C'est donc que l'attribution de la totalité de la communauté ne demeure une convention de mariage que si chacun des époux a la chance par sa survie de devenir propriétaire de l'actif commun. Or, il n'y a plus d'*aléa* si l'attribution est faite au profit de l'un des époux nommément ou à ses héritiers et les conjoints se trouveront, en dernière analyse, vis-à-vis l'un de l'autre, dans la même situation que s'ils avaient été mariés sous le régime sans communauté.

112. — La clause d'attribution de la totalité de la communauté, sans réserve des apports, constitue-t-elle une donation pour le tout, ou bien, peut-on y voir deux dispositions distinctes : l'une, l'attribution des acquêts au survivant, qui serait une convention de mariage ; l'autre, l'attribution des meubles apportés en communauté par l'autre époux qui constituerait une donation ?

La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises (1) que la clause formait un tout indivisible « car la pensée qui l'a inspirée est une pensée unique, la volonté de faire une libéralité ; et il faut décider que cette clause constitue une donation, aussi bien pour les acquêts que pour les meubles apportés en communauté du chef de l'époux prédécédé (2) ».

Dans un autre système (3), on soutient que l'attribution de la totalité de la communauté, sans distraction des apports ne doit être traitée comme une donation que dans la mesure de la valeur de ces apports.

(1) Voir notamment 22 juillet 1872. S. 72. 1. 248. — 9 février 1875. D. 75. 1. 265. — 5 juillet 1876. D. 77. 1. 36.

(2) M. Guillouard, *Contrat de mariage*, III, 1626.

(3) Comparer M. Naquet, III, 1038, p. 12.

C'est à cette dernière opinion que nous nous rangeons, parce que, ainsi que nous le démontrerons plus loin, quand nous rechercherons le critérium permettant de distinguer les libéralités entre époux des simples conventions de mariage, ce n'est pas l'intention libérale, pas plus que les termes employés par les futurs époux qui donnent à la clause le caractère de donation.

113. — Ainsi, la convention contenant attribution de la totalité de la communauté à l'un des conjoints, *sans réserver à l'autre époux (ou à ses héritiers) la reprise de ses apports tombés dans la communauté*, est traitée par l'article 1525 comme une donation éventuelle, tout au moins dans la mesure de la valeur de ces apports. En est-il encore de même quand, au lieu de s'attribuer toute la communauté, les futurs époux ont seulement dérogé au partage égal de la communauté ou stipulé une clause de forfait, de préciput ?

Une controverse fort vive s'est engagée à ce sujet et la jurisprudence elle-même est loin d'être unanime dans ses décisions.

Pour bien poser les termes de la question, nous allons reproduire ici les débats auxquels a donné lieu une affaire toute récente.

Par contrat de mariage, passé devant M. Defontaine, notaire à Lille, le 3 avril 1848, les époux Grégoire-Olivier avaient adopté le régime de la communauté légale, sous certaines modifications.

Ils avaient stipulé :

Par l'article 6, que cette communauté serait composée : 1° d'une somme de 6.000 fr., prise tant sur l'apport du futur époux que sur l'apport de la future épouse, de manière à former une mise de fonds commun dont chacun fournirait la moitié ; 2° des fruits, revenus, intérêts et arrérages de leurs biens propres ; 3° des gains, profits ou bénéfices.

Par l'article 7, et après divers préciputs, que le surplus des biens de la communauté serait partagé par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé, ledit survivant conservant en outre, pendant toute sa vie, l'usufruit et jouissance viagère de la moitié revenant aux héritiers du prédécédé.

Et, par l'article 8, que le survivant serait donataire de l'usufruit réductible à moitié, en cas d'existence d'enfant, de tous les biens meubles et immeubles qui appartiendraient au premier mourant.

Quand il s'agit de payer les droits de mutation après le décès de M. Grégoire, le receveur perçut le droit de 3 0/0 sur la valeur de l'usufruit, attribué à la veuve, de la totalité de la communauté, parce que, la reprise des apports n'ayant pas été réservée, la clause du contrat présentait, pour le tout, le caractère d'une donation entre époux.

Cette exigence était-elle fondée ?

L'opinion qui nous semble devoir être admise est que, malgré l'absence de la réserve de reprise des apports, la clause aurait dû être considérée comme une simple convention de mariage.

En effet, disent MM. Rodière et Pont (1) : « Le droit de reprise n'existe en faveur des héritiers que lorsqu'il s'agit précisément de la convention prévue par l'article 1525; c'est-à-dire quand la totalité de la communauté a été attribuée au survivant, sans aucune réserve; l'exercice en a été justement refusé dans un cas où le contrat de mariage, établissant une simple inégalité de parts, attribuait au survivant la totalité des meubles et l'usufruit de la moitié des conquêts afférents à la part du prédécédé » (2).

(1) III, n° 1610, dans le même sens Aubry et Rau, V, § 530, note 12. — Marcadé sur 1525, n° 4.

(2) Douai, 7 février 1850. S. 50, 2. 537.

Le tribunal de Lille, à qui fut soumis le différend, a, dans un jugement du 28 mars 1885, résumé les arguments militant en faveur de ce système.

« Attendu, dit-il, que la question soumise au tribunal consiste à savoir si la clause 7 (du contrat de mariage précité), portant partage inégal de la communauté, est une simple convention entre associés, exempte d'impôt, ou, au contraire, si elle constitue une donation entre époux soumise au droit proportionnel, en ce que la reprise de 6.000 francs mis en communauté par le mari n'a pas été expressément réservée à ses héritiers.

« Attendu que l'article 1497 du Code civil, au nombre des modifications de la communauté légale qu'il énumère, prévoit l'hypothèse des parts inégales ; que l'article 1520 autorise expressément les époux à donner à l'un d'eux, soit une part moindre ou plus grande que moitié, soit une somme fixe, soit même la communauté entière ;

« Que, néanmoins, pour ce dernier cas l'article 1525 exige que les héritiers puissent faire la reprise des apports tombés dans la communauté du chef de leur auteur ;

« Attendu que ces textes sont clairs, exempts de toute ambiguïté ;

« Qu'il en ressort que, dans les associations conjugales, l'égalité des partages n'est pas requise et que les conventions par lesquelles les parties y dérogent, si favorables qu'elles soient à l'un des époux, ne sont pas réputées donations, *à moins que toute la communauté n'ait été attribuée à l'un d'eux*, auquel cas les héritiers de l'autre doivent pouvoir reprendre les apports de leur auteur ;

« Attendu que, par la clause litigieuse, l'époux survivant est attributaire, en sus de la moitié en propriété, de l'usufruit seulement de l'autre moitié ;

« Que, par conséquent, cette attribution ne constitue qu'une convention de communauté sur laquelle le receveur a perçu à tort un droit proportionnel, comme s'il s'était agi d'une donation entre époux ;

« Attendu que la Régie, pour justifier cette perception, soutient vainement qu'il n'y aurait pas à distinguer entre l'attribution totale de la communauté à l'un des époux et celle d'une part supérieure à moitié, et que, dans les deux cas, la disposition ne doit comprendre que les acquêts sans mélange d'apport, parce que le fondement des articles 1520 et 1525 serait une fiction juridique, d'après laquelle les biens seraient censés avoir toujours appartenu à l'époux attributaire, ce qui serait inapplicable à des apports à l'égard desquels la mutation de propriété est certaine ;

« Mais, attendu que, sous le régime de la communauté légale, le partage se fait par moitié, même dans le cas où toutes les valeurs proviennent exclusivement des apports de l'un des époux et sans que la Régie exige des droits de mutation ;

Que cela suffit pour mettre à néant la prétendue fiction légale à l'aide de laquelle la Régie donne aux réserves de l'article 1525 une extension abusive et introduit dans l'article 1520 une condition qui ne s'y trouve pas ;

« Attendu qu'il résulte de ce qui précède que la restitution doit comprendre la totalité des droits perçus sur l'usufruit de moitié des biens de communauté, tant sur les acquêts que sur les 6000 francs formant l'apport du mari ;

« Par ces motifs, le tribunal condamne l'administration à restituer, etc., etc. » (1).

(1) Voir dans le même sens Arras, 12 mai 1880, J. E. 21.885 dans une espèce où il avait été en outre stipulé que cette attribution cesserait en cas de second mariage. — Voir encore Cass. 1^{er} août 1855. *Rép. pér.* 462. — Douai, 12 avril et 14 juillet 1865. *Rép. pér.* 2268. — Sol. Enregistrement belge, 20 octobre 1856.

114. — Cette solution est juridique. En effet, quand l'attribution n'est que partielle, les héritiers du prémourant pourront retrouver dans la part, ou dans le forfait stipulé en faveur de leur auteur, l'équivalent de ce qui est entré dans la communauté du chef de ce dernier.

Néanmoins, il faut apporter un tempérament à ce système et dire que l'article 1525, nous indiquant la limite qui doit être observée en cette matière. Il y aura une véritable donation éventuelle, si la part attribuée à l'un des époux, sans réserver à l'autre conjoint le droit de prélever ses apports, est supérieure à la valeur de la communauté, déduction faite des dits apports. Conformément à la doctrine à laquelle nous nous sommes rangé, ce sera dans la mesure où cette part excèdera la valeur de la communauté entière, après la déduction des apports dont il s'agit, qu'il y aura donation. C'est la liquidation qui indiquera ce résultat.

115. — Le jugement du tribunal de Lille ayant été déféré à la Cour de cassation, le pourvoi fut admis à l'audience du 13 janvier 1886 et la Chambre civile rendit le 7 décembre 1886 un arrêt de cassation ainsi conçu :

« La Cour, sur le moyen unique du pourvoi :

Vu les articles 53 de la loi du 28 avril 1816, 1520 et 1525, du Code civil ;

« Attendu que si les articles 1520 et 1525 du Code civil autorisent entre époux la dérogation à la règle du partage égal des biens composant leur communauté et l'attribution à l'un d'eux d'une plus grande part ou même de la totalité du fonds commun, cette dérogation doit être expressément stipulée, sans pouvoir, *en aucun cas*, affecter les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de l'autre époux ; qu'ainsi limitée aux acquêts ou bénéfices produits par la collaboration commune, la stipulation constitue une simple convention de mariage ; mais que tel ne saurait être le caractère de

la clause d'attribution, quand elle confère cumulative-ment à l'un des époux des droits sur *tout ou partie* des acquêts et des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de son conjoint; qu'elle revêt alors *pour le tout* le caractère d'une pure libéralité; que, dans l'espèce, l'usufruit échu à la dame Grégoire, en vertu de son contrat de mariage, était applicable aux apports de son mari prédécédé comme aux bénéfices ou produits de la collaboration commune; qu'il procédait ainsi *pour le tout d'une libéralité* ayant le caractère indivisible de donation et donnait par suite ouverture au droit de mutation par décès.... Par ces motifs, Casse... ».

116. — Il nous paraît que les raisons données par le tribunal de Lille subsistent en entier et il est incontestable que le texte de la loi est en faveur de sa doctrine.

De plus, dans l'espèce soumise à la Cour, l'usufruit attribué au survivant de la part du prémourant dans la communauté et de tous les biens meubles et immeubles laissés par ce dernier, résultait de *deux clauses séparées*. Or, même en admettant, ce que nous ne croyons pas exact, que la convention ne puisse être décomposée, il n'y avait pas, dans la stipulation dont s'agit, ce caractère d'indivisibilité invoqué par la Cour: donc, à tous les points de vue, l'usufruit de la part du prémourant dans la communauté aurait dû être traité, comme constituant une convention de mariage et non une libéralité. Le droit de mutation par décès était exigible seulement à raison de l'usufruit portant sur les propres du prédécédé. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal du Havre dans un jugement du 7 août 1880 (1).

Après avoir cassé le jugement précité du tribunal de Lille, la Cour de cassation renvoya l'affaire devant le tribunal de Dunkerque et celui-ci ayant, par jugement du 28 juillet 1887, statué dans le même sens que le ju-

(1) J. E. 21696.

gement cassé, c'est désormais aux Chambres réunies de la Cour de cassation qu'il appartient de décider (1).

En attendant, la Chambre des requêtes a persisté dans sa manière de voir par un arrêt du 18 janvier 1888 (2), confirmant un jugement du tribunal de Saint-Étienne.

117. — La reprise des apports, effectuée en vertu de l'article 1525 du Code civil, donne-t-elle ouverture à un droit proportionnel ? Lorsque la communauté appartient à l'un des époux seulement, nous verrons que c'est à titre de créanciers et non de propriétaires que les héritiers de l'époux prédécédé effectuent la reprise des apports de leur auteur (3). Les biens propres des époux tombés dans la communauté appartiennent à cette dernière et, comme la totalité de l'actif commun est attribué à l'un des conjoints, il n'y a pas lieu à partage mais simplement à paiement aux héritiers de l'autre époux de la valeur desdits apports.

Toutefois, la Cour de cassation a décidé avec raison par un arrêt du 12 février 1867 (4) qu'aucun droit proportionnel n'était exigible sur l'acte constatant ce paiement, parce que la reprise des apports constitue, ici, une opération qui n'est que la suite et le complément du contrat de mariage (5).

118. — *Attribution de parts inégales dans la communauté.* — Cette clause est une simple convention de mariage et ce à *fortiori* puisqu'elle renferme un avantage moindre que l'attribution de la communauté au survivant des époux, laquelle, d'après l'article 1525, n'est une libéralité, ni quant au fond, ni quant à la forme.

(1) Voir M. G. Demante, II, p. 314, note 1.

(2) J. E. 22969 et la note.

(3) *Infrá*, n° 199 bis.

(4) *Réper. pér.* 2240.

(5) Le survivant qui effectue le paiement de ces apports « abandonne simplement des biens sur lesquels il n'a aucun droit et qui ont cessé de faire partie de la communauté du jour du décès de son conjoint ». Arrêt précité du 12 février 1867.

Par conséquent, il n'y a pas de doute qu'elle ne soit dispensée du droit proportionnel.

Si, en fait, la clause contenait un avantage supérieur à celui de l'article 1525, nous avons admis qu'elle constituerait une libéralité dans cette mesure.

Nous rappelons, de même, que la non-reprise des apports par l'époux réduit ne doit pas enlever à la clause son caractère de simple convention de mariage.

L'article 1520 renferme un vice de rédaction quand il dispose que les futurs époux ont la faculté de donner une part moindre que la moitié « à l'époux survivant ou à ses héritiers. » Il faut évidemment lire « à l'époux survivant ou aux héritiers de l'époux prédécédé ».

Ici, les époux peuvent faire cette attribution de part inégale quel que soit celui qui survive. Nous avons vu qu'au contraire l'attribution de la totalité de la communauté faite au profit de l'un des époux nommément, soit qu'il prédécède, soit qu'il survive, est une donation et nous avons donné les motifs de cette différence.

Cette répartition inégale de la communauté peut également avoir lieu sous condition. Les futurs époux sont libres de stipuler, par exemple, que la convention ne sortira effet que s'il n'y a pas d'enfants nés du mariage. La stipulation n'en conserve pas moins le caractère d'une simple convention de mariage.

119. — L'époux qui prend une part moindre que la moitié ne contribue aux dettes de la communauté que proportionnellement à l'actif qui lui est dévolu (1521, alinéa 2, C. civ.). Toute convention contraire serait nulle et le partage de l'actif, aussi bien que la répartition du passif, se feraient d'après les règles tracées pour le partage de la communauté légale.

Cette nullité est spéciale au contrat de mariage. Elle existait déjà dans l'ancien droit et Pothier nous indique que la raison d'être de cette prohibition est d'apporter un

obstacle aux donations déguisées que les époux pourraient se faire pendant le mariage, si la contribution aux dettes n'était pas proportionnelle à la part recueillie dans l'actif (1).

120. — En droit fiscal, la convention par laquelle les époux ont dérogé au partage proportionnel des dettes, ne donne pas ouverture à un droit particulier. Il ne ressort de cette convention aucune mutation actuelle ; l'impôt ne sera exigible que sur les avantages indirects que les époux se feraient dans l'avenir à l'aide de cette clause.

121. — *Du forfait de communauté.*

« Lorsqu'il est stipulé qu'un des époux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, la clause est un forfait qui oblige l'autre époux ou ses héritiers à payer la somme convenue soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non, pour acquitter la somme (1522, C. civ.) ».

Cette clause évite la liquidation de la communauté, mais son caractère aléatoire fait qu'elle est peu usitée en pratique.

Le forfait peut être stipulé au profit de l'un des époux nommément ou de ses héritiers ; à ce point de vue, elle diffère de la clause d'attribution de la totalité de la communauté, qui ne peut avoir lieu qu'en faveur du survivant. Il peut être également stipulé sous condition.

122. — De ce que l'époux, qui conserve toute la communauté, est obligé de payer une somme fixée représentative de la part de son conjoint, l'on avait été amené à considérer cette convention comme une vente conditionnelle, où le montant du forfait était assimilé au prix d'acquisition. Cette idée avait conduit l'Administration à percevoir un droit de vente lors de la dissolution de la communauté.

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 449.

Cette opinion ne devait pas prévaloir, attendu qu'elle allait à l'encontre du texte de l'article 1525 du Code civil. En effet, la clause d'attribution de la totalité de la communauté au profit du survivant n'est qu'une simple convention de mariage et le forfait est au fond une attribution de la totalité de la communauté, avec cette différence que l'époux, qui en bénéficie, paye une certaine somme aux représentants de son conjoint. La conclusion est donc que le forfait n'est lui-même *à fortiori* qu'une convention matrimoniale dispensée de tout droit particulier. C'est ce qu'a reconnu une décision des 16-24 août 1813 et un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1856 (1).

123. — En est-il encore de même quand l'époux débiteur du forfait est, par suite d'insuffisance d'actif de la communauté, obligé d'acquitter sur ses biens personnels la somme stipulée au profit de son conjoint ou de ses héritiers ?

Ne pourrait-on pas soutenir que dans ce cas il y a, sinon une vente, du moins une donation ?

1^{er} *Système*. — M. Naquet (2) enseigne qu'il est plus juridique d'écarter toute distinction car « l'époux qui » s'engage à payer une somme fixe n'entend point faire » une libéralité ; il entend accepter un *alea* et éviter à » son conjoint les chances de l'administration de la communauté ».

2^e *Système*. — D'après l'opinion que nous avons adoptée ci-dessus, relativement à l'impossibilité dans laquelle se trouvent les époux de s'avantager au delà des limites indiquées par l'article 1525, nous admettons, par voie de conséquence, que, si le forfait payé dépasse l'ensemble de l'actif social, cette stipulation cessera d'être une simple convention de mariage dans la mesure où

(1) *Rép. pér.*, 665.

(2) III, 1037, p. 11.

sera excédée la communauté entière, déduction faite de l'apport de l'époux débiteur du forfait.

Mais, comme ici c'est en qualité de créancier et non de donataire que l'époux, qui a stipulé le forfait, peut en réclamer le paiement, on devra voir une dation en paiement dans l'abandon que lui fait son conjoint de ses biens personnels.

Supposons que, lors du contrat de mariage, un immeuble soit acquis conjointement par les futurs et qu'il soit convenu que le survivant en aura la propriété, à la condition de payer aux héritiers du prédécédé la moitié du prix et des améliorations. Une semblable convention doit-elle être considérée comme une vente conditionnelle? Il y a là une simple condition de l'association conjugale et aucun droit proportionnel ne sera exigible à l'événement (1).

Nous verrons aussi une convention ordinaire de mariage dans la clause d'un contrat stipulant que le futur survivant, avec ou sans enfant, sera tenu de rendre aux héritiers de la future tout ce qu'il aura reçu d'elle ou à cause d'elle, et même partager dans la communauté, si *mieux n'aime* payer auxdits héritiers, pour profit de la communauté, une somme fixe à forfait (2). Cette alternative laissée au mari n'influe en aucune façon sur le caractère de la clause.

124. — La stipulation du forfait étant une simple convention de mariage, l'époux, qui en bénéficie, n'est redevable d'aucun droit de mutation lors de la dissolution de la communauté par le prédécès de son conjoint.

Réciproquement, quand les héritiers de l'époux prédécédé conservent la totalité des bénéfices de communauté, à la charge de payer à l'époux survivant le montant de ses reprises plus une somme fixée à forfait, le

(1) Délib. du 27 août 1844.

(2) Req. 9 brumaire an VII.

montant de ce forfait constitue une dette de la succession. L'on ne doit donc pas le déduire de l'actif héréditaire pour la liquidation du droit de succession (1).

PRÉCIPUT.

125. — Quelle est au point de vue civil la nature du préciput ? Est-ce une donation entre époux, est-ce une convention matrimoniale proprement dite ?

La clause de préciput est celle par laquelle l'un des époux est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'objets en nature.

L'article 1515 prévoit que le préciput est stipulé en faveur de l'époux survivant, mais les parties seraient libres de convenir d'un préciput au profit des héritiers de l'époux prédécédé (2).

Nous tenons pour accordé que le préciput est une convention de mariage. En effet, la clause attribuant toute la communauté à l'époux survivant étant, de par l'article 1525, une convention matrimoniale, le préciput qui contient un avantage moindre doit être, *à fortiori*, considéré comme ayant le même caractère. Sans doute, l'article 1516 porte que le préciput n'est point regardé « comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage » et l'on a voulu conclure de là, par *à contrario*, que le préciput était une convention de mariage seulement en la forme, mais devait être traité, au fond, comme une donation. L'opinion, qui prévaut aujourd'hui, est qu'il est plus juridique d'admettre que la volonté du législateur a été

(1) Cass. 17 janvier 1854. *Rép. pér.* 16730. — Soissons, 18 décembre 1889. *Rép. pér.* 7428.

(2) Aubry et Rau, V, § 529, texte et note 2, p. 497.

de considérer le préciput comme une convention de mariage, aussi bien au fond qu'en la forme (1).

126. — Les objets sur lesquels porte le préciput sont librement déterminés par les futurs époux, l'article 1515 n'est pas limitatif.

127. — En principe, la femme survivante n'a droit au préciput que si elle accepte la communauté; l'étymologie elle-même du mot préciput indique, en effet, qu'un partage intervient entre les époux ou leurs représentants.

128. — Toutefois, les parties pourraient stipuler que la femme conserverait le droit au préciput, même en cas de renonciation. Mais alors quel sera le caractère de cette convention ?

M. Troplong (2) ayant enseigné que, dans cette hypothèse, la convention de préciput constituait une donation sujette à réduction même au profit des enfants issus du mariage, MM. Aubry et Rau (3) ont répondu : « Nous ne comprenons pas que la renonciation de la femme puisse avoir pour effet de transformer en donation une clause que l'éminent magistrat considère lui-même comme ne formant, en cas d'acceptation, qu'une simple convention matrimoniale. D'ailleurs, toute donation suppose l'*animus donandi*. Or, ce n'est pas, en général, à titre de libéralité que la femme stipule et que le mari consent la clause dont s'agit : le préciput que la femme se réserve d'exercer, même en renonçant, ne constitue d'ordinaire pour elle qu'un moyen de se soustraire aux embarras d'une liquidation de communauté, ou de se garantir contre les suites de la mauvaise administration du mari » (4).

(1) En ce sens Décis. min. fin. 6 mai 1828. — Aubry et Rau, V, § 520, texte et note 4, p. 498.

(2) III, 2124.

(3) V, § 529, note 5, page 498.

(4) Voir dans le même sens Rodière et Pont, *op. cit.*, III, n° 1533. — Championnière et Rigaud, n° 2907.

Tous les motifs militant en faveur de ce dernier système ont été résumés d'une façon remarquable dans un jugement du tribunal civil de Rennes en date du 24 décembre 1844 (1). Le tribunal considère : « qu'aux termes de l'article 1516 du Code civil, le préciput établi réciproquement au profit du survivant des époux par leur contrat de mariage, n'est point pour l'époux qui le recueille un avantage assimilable à un legs ou à une donation, mais à une convention de mariage ; qu'il en est ainsi pour le cas où, en vertu d'une clause expresse du contrat de mariage, la femme réclame le préciput, même en renonçant à la communauté ; qu'en effet, la disposition de l'article 1516 n'a été posée par le législateur qu'après la prévision, par lui indiquée dans l'article précédent, du cas où le contrat de mariage réserverait à la femme le droit de réclamer le préciput même en renonçant à la communauté ; qu'il n'a point été fait et qu'il ne devait point être fait, pour ce cas, d'exception dans la loi au principe établi dans l'article 1516 ; qu'encore bien qu'après la renonciation de la femme, le préciput qu'elle réclame doit se prendre sur des objets qui n'appartiennent qu'aux héritiers du mari, il n'est pas plus un don de la part de celui-ci que s'il avait pu être prélevé sur des biens dans la propriété desquels il n'était fondé que pour moitié ; que dans le cas où le préciput doit être payé à la femme renonçante, et lors surtout qu'il est, comme dans l'espèce actuelle, inférieur à l'apport de cette femme dans la communauté, il est pour elle un véritable forfait de communauté, qui, en vertu de l'article 1525 du Code civil, n'est point réputé un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais seulement une convention de mariage entre associés ; que l'effet d'une pareille convention procure, à la femme étrangère à l'ad-

(1) Dalloz, v° *Enregistrement*, p. 156, n° 2.

ministration de la communauté, le moyen de s'assurer le paiement de la part à laquelle elle a fixé le minimum de ses prétentions dans la mise en communauté et dans le produit de la collaboration commune, par la garantie que son mari lui donne sur ses propres biens ; mais que c'est comme *créancière* et non comme *légataire ou donataire* de son mari qu'elle peut réclamer l'exécution de cette garantie ; et que l'abandon que les héritiers du mari, afin de se libérer envers elle, lui font alors de meubles qu'ils ont recueillis dans la succession de leur auteur, peut bien être considéré comme une cession ou dation en paiement, passible du droit proportionnel de cession, selon la nature des meubles cédés, mais qu'il ne saurait être considéré comme une délivrance de legs ou de don passible d'un droit proportionnel pour mutation par décès » (1).

129. — Supposons maintenant que le préciput soit exercé par le mari, ou par la femme *qui accepte la communauté* et qu'il soit supérieur à l'actif commun, déduction faite des apports de l'époux non bénéficiaire.

Dans ce cas, l'époux, au profit de qui la clause a eu lieu, doit être considéré comme ayant un droit plus fort dans la communauté. Donc, d'après la théorie adoptée plus haut à propos de l'attribution à l'un des époux d'une part plus forte dans l'actif de la communauté, nous déciderons que le préciput ne constitue une libéralité que dans la limite où il dépasse l'actif social, déduction faite des apports tombés en communauté du chef de l'époux non avantagé.

130. — Ainsi, la convention de préciput doit être assimilée au forfait de communauté, quand la femme renonçante fait le prélèvement stipulé en sa faveur ; elle doit, au contraire, être traitée comme la clause d'attribution d'une part plus forte dans l'actif commun, quand le pré-

(1) Voir *Contrà* Cass., 12 juin 1872. — Instr. 19 oct. 1872, n° 2456, § 2.

lèvement est effectué par le mari ou par la femme acceptante.

131. — Comme conséquence, nous serions d'avis de régler la perception comme suit :

1^{ent} *Sur le contrat de mariage.* — Aucun droit particulier n'est dû sur la convention de préciput, quand bien même la femme aurait la faculté de profiter du prélèvement en renonçant à la communauté.

2^{ent} *A l'événement.* — 1° La clause ne donne pas, en principe, ouverture au droit de mutation par décès, quand le préciput est exercé par le mari ou par la femme acceptante.

Néanmoins, le droit de mutation par décès deviendrait exigible :

Si, par suite d'insuffisance d'actif de la communauté, le préciput portait sur le patrimoine de l'un des époux.

Ou bien, si, contrairement aux limites indiquées par l'article 1525 du Code civil, le préciput dépassait l'actif commun, déduction faite des apports de l'époux non avantage.

Le droit serait alors dû, dans la mesure où les biens propres de l'autre époux seraient affectés, ou dans la mesure dans laquelle l'article 1525 serait excédé.

2° En cas de renonciation à la communauté, le paiement à la femme de son préciput entraîne le droit applicable aux cessions à titre onéreux (1).

132. — Il nous reste à exposer brièvement la doctrine de l'Administration.

Après avoir d'abord admis que le préciput donnait ouverture à un droit de donation sur le contrat et au droit proportionnel à l'événement, sans aucune distinction, l'Administration, à la suite de plusieurs jugements et notamment d'un arrêt de rejet du 30 juillet 1823, a décidé :

(1) Conf. Championnière et Rigaud, n° 2907.

1° Que le préciput à prendre sur les biens de la communauté était exempt du droit fixe sur le contrat de mariage et du droit de mutation par décès lors de l'événement ;

2° Que le droit fixe de donation éventuelle continuerait à être perçu sur le contrat de mariage, quand la femme aurait le droit d'exercer son préciput, même en renonçant à la communauté ;

3° Et que, dans cette dernière hypothèse, en cas de prédécès du mari et de renonciation par la veuve à la communauté, le droit proportionnel de mutation par décès entre époux serait exigé sur le préciput (1).

133. — Si, au lieu d'être stipulé au profit de l'époux survivant, le préciput était établi en faveur d'un des époux et de ses héritiers, se trouverait-on en face d'une libéralité? Nous pensons que non, parce qu'il faut admettre, en matière de préciput, comme pour les clauses de partage inégal de la communauté, autres que celle de l'article 1525, que la stipulation peut être valablement faite en faveur d'un des époux ou de ses héritiers, sans perdre pour cela son caractère de convention de mariage.

134. — S'il avait été convenu que le préciput porterait sur tous les objets d'une certaine espèce qui se trouveraient dans la communauté, au jour de la dissolution, l'on devrait admettre, avec Pothier (2), que le tribunal aurait un pouvoir discrétionnaire d'examen. Il aurait à déterminer, si la quantité ou la valeur des objets désignés n'excèdent pas, au moment de la dissolution de la communauté, la limite dans laquelle les parties ont eu l'intention probable de les renfermer.

135. — Le droit de mutation n'est exigible, en cas de renonciation de la femme, que sur les objets auxquels elle devient tout à fait étrangère. Il ne devrait donc pas

(1) Instr. 26 sept. 1828, 1256, § 4.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 441.

être perçu de droits sur les linges et hardes que la femme a le droit de retenir même en renonçant (1).

136. — En principe, le droit au préciput ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux ; mais, ceux-ci pourraient convenir d'un préciput, même en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de biens, de séparation de corps, ou de divorce, au profit de celui d'entre eux qui aurait triomphé dans l'action. Cette modification n'enlève point au préciput son caractère de convention de mariage et ne change pas les droits à percevoir.

§ 2. — *Des conventions exclusives de la communauté.*

137. — Sans adopter le régime dotal, les époux peuvent se marier sans communauté ou sous le régime de la séparation de biens.

En principe, c'est le droit gradué qui est exigible sur ces conventions et, si le contrat ne contient aucune énonciation de sommes et valeurs, ni dispositions susceptibles d'évaluation, le taux du droit à percevoir sera de 5 francs, conformément à l'article 2 de la loi du 28 février 1872.

138. — (a) *Régime sans communauté.* — Le droit gradué couvrira toutes les conséquences de ce régime.

Ainsi, il n'y aura pas de droit particulier à prendre sur la prise de possession par le mari, en vertu de l'article 1531 du Code civil, du mobilier de la femme.

De même, la restitution que le mari doit, aux termes du même article, faire après la dissolution du mariage, ou la séparation judiciaire de biens, est exempte de tout impôt spécial.

La solution serait encore semblable, si le mari rendait, d'après l'estimation le prix des biens propres de sa femme,

(1) *Sic* Tonnerre, 13 février 1873. *Rép. pér.*, 3591.

dont il n'aurait pu faire usage sans les consommer (1532, C. civ.). L'Administration ne saurait être autorisée à exiger le droit de vente sur les biens dont le mari ne restitue que la valeur. En effet, comme le disent MM. Championnière et Rigaud (1), le mari, ayant reçu à la fois comme administrateur et comme usufruitier, a le choix dans le mode de restitution.

139. — (b) *De la clause de séparation de biens.* — Ce qui vient d'être exposé pour le régime sans communauté est applicable à la séparation de biens contractuelle.

140. — (c) *Du régime dotal.* — La clause de société d'acquêts, jointe au régime dotal, n'est soumise à aucun droit particulier. En effet « le régime en communauté, dit » M. G. Demante, comprend la société d'acquêts. Si le » nom diffère, c'est à cause des habitudes de langage des » anciens pays de droit récit, auxquels le mot de *communauté* est resté longtemps antipathique » (2).

Si le contrat de mariage contient adoption du régime dotal pur la clause qui attribuerait à la femme survivante une part dans les biens possédés par le mari ou acquis par lui durant le mariage, ce serait une donation passible du droit proportionnel (3).

APPENDICE.

141. — Quels sont les caractères distinctifs des conventions de mariage et des stipulations avantageuses ?

Nous avons parcouru et défini les diverses stipulations matrimoniales que les contrats de mariage peuvent renfermer et nous avons essayé de déterminer la nature de chacune d'elles.

Il nous reste à voir, s'il est possible, à l'inspection

(1) *Op. cit.*, IV, n° 2901.

(2) *Op. cit.*, II., p. 317, note 1.

(3) Instr. 14 septembre 1854, n° 2015, § 2.

d'une clause quelconque du contrat, de reconnaître si elle rentre dans la classe des stipulations avantageuses entre époux, ou bien dans celle des stipulations entre associés.

L'intérêt de la question, répétons-le, est que les simples conventions de mariage échappent à la perception de tout impôt distinct et ne sont pas soumises à la réduction de l'article 1094 du Code civil.

Si les stipulations des futurs époux sont habituellement considérées comme de pures conventions de mariage, certains faits peuvent se présenter, qui modifient leur nature et leur attribuent le caractère d'une donation. Or, ces circonstances, qui influent sur la qualification de la convention, se retrouvent dans les diverses combinaisons étudiées précédemment et nous devons tâcher d'en dégager le *criterium* de la distinction à établir.

142. — 1^{er} point. — L'*animus donandi* constitue-t-il le caractère distinctif des conventions du mariage et des stipulations avantageuses ?

Toutes les stipulations des contrats de mariage doivent être tenues comme étant aux yeux de la loi des conventions commutatives, c'est-à-dire que ce que chacune des parties s'oblige à donner, ou à faire, est « l'é » équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait » pour elle » (1).

A proprement parler, il n'y a pas, par contrat de mariage, de véritables donations entre époux, car l'accomplissement du mariage est une condition qui suffit pour démontrer le but intéressé des dispositions convenues. Sans doute, il pourra arriver que les avantages pécuniaires que se font les futurs n'aient été inspirés que par l'affection, mais, comme il est impossible de pénétrer dans l'intérieur des consciences, on prendra, con-

(1) Art. 1104, C. civ.

formément à l'article 1156 du Code civil, le contrat de mariage avec le sens qui convient le plus à sa nature et il est évident que c'est le caractère commutatif qu'il faut lui reconnaître.

Si donc, la loi a appelé donations certaines conventions de mariage, c'est uniquement parce qu'elle a entendu leur appliquer, dans certaines circonstances, les règles des donations, sans les considérer, néanmoins, comme de véritables libéralités, attendu que l'*animus donandi* leur fait défaut.

Par conséquent, si les stipulations avantageuses n'impliquent pas nécessairement l'*animus donandi*, le corollaire est que l'intention libérale ne doit pas servir de *criterium* pour les distinguer des simples conventions de mariage.

143. — 2^e point. — La qualification donnée par les parties à leurs stipulations doit-elle servir à déterminer le caractère de ces dernières ?

Nous pensons qu'il n'y a pas à tenir compte de cette qualification.

En effet, outre qu'il n'existe aucun terme sacramentel dans notre droit, on peut dire qu'en employant le mot donation pour désigner les avantages résultant du contrat, les futurs époux ont exprimé simplement un fait, sans avoir eu pour cela l'intention de le caractériser juridiquement.

Bien plus, si les futurs avaient eu l'intention de dénaturer les clauses classées et qualifiées par le Code, il faudrait reconnaître que leur volonté aurait été impuissante à y parvenir. Car, dit M. Naquet (1), « dès l'instant que des stipulations sont réalisées en vue du mariage et sont subordonnées à son accomplissement, dès l'instant qu'elles figurent dans le Code comme des conventions de mariage, il est invraisemblable que les époux

(1) III, 1053, p. 25.

puissent, se mettant au-dessus de la loi, leur faire subir une métamorphose inadmissible ! Quand une personne vend une chose pour une somme d'argent, c'est en vain qu'elle prétendrait faire un échange ou une libéralité, sa prétention serait nulle et non avenue, et le contrat resterait une vente. Pourquoi en serait-il autrement dans l'espèce ? On objecte que le receveur doit s'en tenir à l'apparence des actes. J'en conviens et il résulte de là que les vices qui affectent une convention sont comme s'ils n'existaient pas. Mais ce principe, *applicable aux nullités*, ne s'étend pas aux caractères juridiques des contrats que les employés de l'Administration doivent toujours, et nécessairement apprécier. Tout au plus peut-on décider que, s'il y a doute sur les sens d'une clause, le receveur est autorisé à s'en remettre exclusivement à la qualification donnée par les parties. »

Sur ce point les décisions de la jurisprudence sont contradictoires. Toutefois, la Cour de cassation paraît fixée en ce sens que, si l'ensemble du contrat ne dément pas la qualification de donation donnée à la clause par les parties, il est naturel de penser que celles-ci ont entendu faire ce qu'elles annonçaient, c'est-à-dire une donation (1).

— *Acquiescement des intéressés*. — D'après cette dernière doctrine, l'acquiescement des parties à la clause dont le sens est controversé ne serait pas susceptible d'en modifier le caractère.

C'est ainsi que l'arrêt précité du 7 décembre 1870 a maintenu à la stipulation le caractère d'une donation, bien que les intéressés l'eussent considérée comme une simple convention de mariage. M. Demolombe s'élève avec raison contre cette opinion (*Obligations*, T. II, n° 36).

144. — 3^e point. — La stipulation que l'avantage sera réduit, en cas d'existence d'enfants, implique-t-elle

(1) Voir Cass., 7 décembre 1870. *Rép. pér.*, 3226.

que les futurs époux ont voulu faire une libéralité ordinaire sujette aux règles des donations ?

Plusieurs jugements ont admis l'affirmative (1).

Mais, la négative doit être adoptée parce que la clause de réduction, en cas d'existence d'enfants, « indique seulement que, bien qu'ils fussent maîtres de procéder à leur guise, les futurs époux ont voulu prendre dans la loi le modèle de la plus sage distribution à faire, entre le survivant et leurs enfants, des bénéfices de leur association conjugale plutôt que de se livrer à leurs propres inspirations qui auraient pu être plus ou moins réglées » (2).

145. — *Stipulation de réduction en cas de convol.* — La solution serait la même et la clause du contrat conserverait son caractère de simple convention de mariage, si les futurs époux l'avaient soumise à la réduction et même à la révocation en cas de convol de l'époux bénéficiaire.

146. — Quelles sont donc les règles d'après lesquelles les conventions matrimoniales proprement dites peuvent être distinguées des stipulations avantageuses ?

Nous pensons que c'est le Code civil qui peut, seul, nous fournir la base de cette distinction. Le rapprochement entre elles des clauses étudiées ci-dessus va mettre ce point en lumière.

147. — I. — Nous avons vu que le législateur considérait comme simples conventions de mariage :

1° L'avantage provenant pour l'un des époux de la confusion du mobilier et des dettes (1496, C. civ.);

2° L'attribution à la communauté des biens qui ne devaient pas y tomber, attribution réalisée au moyen de l'ameublement (1505 à 1509);

3° La dérogation au partage égal de la communauté,

(1) Voir notamment Seine, 29 juin 1872. *Rép. pér.*, 3531.

(2) Garnier, *Rép. gén.*, 5247.

ou même l'assignation de la totalité de la communauté à l'époux survivant ou à l'un des époux seulement, sauf la déduction des apports de l'autre conjoint (1515 à 1525).

Nous concluons de là qu'il faut au contraire regarder comme des stipulations avantageuses :

1° Toute clause qui, dans ses effets, tendrait à attribuer la totalité de la communauté à l'un des époux, y compris les apports de son conjoint, et ce, dans la mesure où l'époux non avantagé ne retire pas de la communauté des valeurs équivalentes à ses propres tombés dans l'actif commun ;

2° Toute clause qui tendrait à attribuer la totalité de la communauté à l'un des époux nommément désigné et à ses héritiers, parce qu'alors l'on ne retrouve plus le caractère aléatoire indiqué par l'article 1525 ;

3° Tout avantage portant sur les biens propres de l'un des époux non entrés dans la communauté.

Si l'attribution affecte à la fois les biens de la communauté et les biens propres des époux, pourra-t-on diviser la clause et ne percevoir le droit que sur la mutation des propres ?

Nous avons dit (n° 115) que la Cour de cassation considérerait la stipulation comme indivisible « attendu que l'unité du motif de la formule de la liquidation s'oppose à ce qu'elle soit décomposée de la sorte en deux éléments distincts ayant chacun son caractère propre, ses règles particulières ».

Nous croyons, au contraire, que cet avantage ne constitue une libéralité que dans la mesure où il affecte la fortune personnelle des époux et qu'il doit être considéré, pour le surplus, comme une simple convention de mariage.

En effet, si l'on admet que ni l'*animus donandi*, ni les termes employés par les parties, ni les stipulations de

réduction ou de révocation ne suffisent pour caractériser la nature des conventions de mariage, l'on ne voit pas sur quelle base repose l'indivisibilité reconnue par la Cour de cassation à la clause dont s'agit.

M. Garnier signale en ces termes la fragilité de ce système : « Une stipulation, quoique faite en un seul contexte, peut très bien présenter des idées différentes au sujet de chaque nature de valeurs. La clause, malgré son indivisibilité matérielle, n'en contient pas moins alors deux dispositions distinctes qu'il ne faudrait pas régler par les mêmes principes. — Aussi, en d'autres hypothèses, a-t-il été reconnu que la disposition collective renfermait une convention de mariage pour les acquêts et une libéralité pour les propres » (1).

Comme conséquence, nous rejetterons la doctrine contenue dans un arrêt de Cassation du 22 juillet 1872 (2) qui, en vertu du principe de connexité, considère pour le tout, comme des libéralités en cas de survie, les dispositions d'un contrat de mariage, par lesquelles les futurs époux se sont fait réciproquement donation, savoir : le futur à la future de l'usufruit des conquêts de la communauté et d'une certaine somme à prendre sur des biens propres, et la future au futur seulement de l'usufruit des conquêts. La Cour s'était fondée sur ce que la seconde disposition, bien que n'excédant pas de sa nature les limites d'une simple convention de mariage, ne pouvait cependant pas être appréciée séparément de celle qui la précédait et à laquelle elle se liait par une corrélation nécessaire.

148. — II. — Dans un autre ordre d'idées, on peut tirer des articles 1551 et 1552 du Code civil cette conséquence que les clauses tendant à transférer au mari la jouissance des biens meubles et immeubles de sa femme pendant

(1) Garnier, *Rép. gén.* 5248 bis.

(2) J. E. 19152.

le mariage et même la propriété de ces biens, à charge, dans ce dernier cas, d'en restituer l'équivalent, doivent être traitées comme des conventions matrimoniales ordinaires.

Mais, il faudra voir une donation dans l'attribution par le mari à la femme de la jouissance ou de la propriété de ses biens personnels.

149. — *De l'influence au point de vue de la perception des droits de l'existence d'enfants issus de précédents mariages.*

Les articles 1496 et 1527 du Code civil réglementent cette matière, le premier, à propos de la communauté légale, le second, en ce qui a trait à la communauté conventionnelle.

150. — Article 1496. — « *Tout ce qui est dit ci-dessus sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages. — Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérerait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098 au titre des donations entre-vifs et des testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement* ».

Bien qu le régime de la communauté légale ait souvent pour effet d'enrichir l'un des époux, la loi ne le considère cependant que comme un simple pacte social.

Néanmoins, le législateur a apporté une limitation à cette règle en faveur des enfants issus d'un premier lit menacés de libéralités excessives au moment du second mariage de leur père ou de leur mère. Aussi, a-t-il décidé, dans un but de protection, que toute clause, qui donnerait au nouvel époux au delà de l'avantage autorisé par l'article 1098 du Code civil, serait, pour tout ce qui excède la limite permise, sans effet à l'égard des enfants du premier lit.

C'est dans l'*Édit des secondes nocés* de 1560 que se rencontre l'origine de cette restriction (1). Cet édit défendait à la veuve ayant des enfants de donner à son nouveau mari plus d'une part d'enfant, et d'enfant le moins prenant au cas où il y aurait division inégale. Notre Code a reproduit ces dispositions, en mettant toutefois sur le même rang que la femme le mari ayant des enfants d'un premier mariage.

Il est à remarquer que la confusion du mobilier et des dettes donne lieu à l'action en retranchement non seulement pour l'actif et le passif existant *lors du mariage*, mais aussi pour l'actif et le passif entrés dans la communauté *pendant le mariage*. La raison de douter était que, pour le mobilier échu pendant la durée de l'association conjugale, l'avantage obtenu provenait plutôt de la volonté d'un tiers que de celle des époux (2). Mais, aujourd'hui, l'article 1496, par une exacte application des principes, ne fait aucune distinction au point de vue qui nous occupe.

Il faut donc décider que tout avantage provenant de la confusion du mobilier et des dettes tombe sous le coup de l'article 1098.

151. — Article 1527. — « *Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle. — Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article 1387, et sauf les modifications portées par les articles 1388, 1389 et 1390. — Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098 au titre des donations entre-vifs et des testaments, sera sans effet*

(1) Conf. l. l. 3 et 6 au Code *De secundis nuptiis* (5,9).

(2) Voir Pothier, *Cont. de mariage*, n° 531.

pour tout l'excédent de cette portion ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, QUOIQUE INÉGAUX des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit ».

Par ces mots : « mais les simples bénéfices résultant des travaux communs, etc... » la loi veut-elle dire que, malgré la présence des enfants du premier lit, l'on peut attribuer au survivant, à titre de convention de mariage, tous les bénéfices de la communauté, selon la règle de l'article 1525 ? ou bien, entend-elle par là que la seule clause, à laquelle elle reconnaisse le caractère d'une stipulation matrimoniale, est celle qui permettrait aux époux de *partager également* les bénéfices communs, bien que leurs mises fussent inégales ?

Nous croyons avec la majorité des auteurs et la jurisprudence que c'est cette dernière opinion qui doit prévaloir. Les termes incidents *quoique inégaux*, qui se trouvent dans la dernière partie de cet article, nous semblent justifier cette manière de voir, d'ailleurs conforme à la règle *exceptio est strictissimæ interpretationis*.

152. — La part à laquelle se trouve réduit l'époux survivant est-elle prise par lui à titre de donation ou à titre de convention de mariage ? Il faut répondre que c'est à titre de convention de mariage. En effet, la réduction est plutôt attachée à l'idée de protection des héritiers qu'à l'idée de donation. Si l'opinion contraire devait prévaloir, on aboutirait à cet étrange résultat que les avantages procurés par les articles 1496 et 1527 seraient considérés comme des donations, quand ils préjudicieraient aux enfants du premier lit, et comme de simples conventions matrimoniales si les enfants du premier lit prédécédaient ou renonçaient à la succession de leur auteur.

Donc, la clause d'un contrat, par laquelle un époux, ayant des enfants d'un premier mariage, attribue à son

conjoint une part plus forte que celle autorisée par l'article 1527, sera exempte du droit de donation éventuelle sur le contrat et, à l'événement, la portion conservée par l'époux réduit échappera au droit proportionnel (1).

(1) En ce sens M. Garnier, *Rép. gén.*, 5249.



DEUXIÈME PARTIE

DES SUITES DES CONVENTIONS DE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

ACTES INTERVENANT PENDANT LA DURÉE DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

SECTION PREMIÈRE.

Du remploi et de l'emploi.

§ 1^{er}. — *Du remploi.*

153. — Le remploi est une opération par laquelle un immeuble est remplacé par un autre dans le patrimoine de l'un des époux. Un immeuble propre est aliéné et, avec le prix qui en provient, un autre immeuble est acquis ; ce nouvel immeuble sera propre comme le premier, auquel il est subrogé réellement (1). S'il n'y a pas eu de remploi, il y a lieu à reprise au profit de l'époux propriétaire du bien aliéné.

154. — *Conditions de validité du remploi.* — Le remploi des biens du mari, comme celui des biens de la

(1) Voir Pothier, *Traité de la communauté*, n° 197, et pour les précédents historiques M. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, II, n° 469.

femme, exige, pour sa validité, la réunion de certaines conditions qui sont les suivantes :

1° Aliénation d'un immeuble propre à l'un des époux ;

2° Acquisition d'un immeuble nouveau en remplacement de l'ancien ;

3° Déclaration *in continenti*, dans l'acte d'acquisition lui-même, que l'immeuble nouveau est acheté en remploi et avec des deniers provenant de l'aliénation de l'ancien immeuble. La déclaration faite *ex intervallo* serait sans effet, alors même qu'elle aurait eu lieu dans l'intérêt de la femme.

La loi n'exige pas ici, comme pour la subrogation *ex parte debitoris* (C. civ. 1250, 2°), que les deniers employés à l'acquisition du nouvel immeuble soient *matériellement* les mêmes que ceux provenant du bien propre aliéné. Il suffit, pour la validité du remploi, que l'opération soit réalisée, non avec les mêmes deniers, mais avec les mêmes valeurs : « en un tel cas *tantumdem est idem* » (1).

La seule déclaration que l'immeuble est acquis de deniers propres ne prouve pas d'une manière suffisante la volonté d'opérer un remploi ; l'acte doit en plus mentionner que l'acquisition est faite pour servir de remploi (2).

4° Acceptation du remploi.

En ce qui concerne le remploi des biens du mari, il faut encore que le contrat d'acquisition lui-même contienne l'indication expresse que le mari entend acquérir en remploi.

Enfin, pour que le remploi soit valable à l'égard de la femme, il est nécessaire que cette dernière l'accepte formellement, soit dans l'acte d'acquisition, soit dans un acte à la suite intervenant avant la dissolution de la

(1) Rodière et Pont, I, 660.

(2) Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 68, p. 308.

communauté (1). MM. Rodière et Pont présentent une autre solution (I, n^{os} 667, 668). D'après eux, si la communauté est dissoute par la mort du mari, la femme n'a plus le droit d'accepter le remploi ; mais, si la communauté est dissoute par la mort de la femme ou par la séparation de corps ou de biens, le remploi pourra être encore accepté tant que le mari vivra. Le texte général de l'article 1435 du Code civil ne permet pas d'accepter cette distinction et nous pensons que l'acceptation doit toujours avoir lieu avant que la communauté ait pris fin.

Le simple concours de la femme à l'acte, qui renferme la déclaration de remploi à son profit, ne constitue pas une acceptation suffisamment certaine de sa part (2).

L'acceptation de la femme est valablement constatée, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé ; il sera néanmoins plus prudent de recourir à la forme notariée (3).

Notons que la constatation authentique de l'origine des deniers n'est requise pour la validité du remploi que dans l'hypothèse de l'article 558 du Code de commerce relatif aux droits de la femme, en cas de faillite de son mari.

155. — Le remploi est dit légal ou facultatif quand les époux sont soumis aux dispositions précitées des articles 1434 et 1435 du Code civil. A côté de ce remploi légal ou facultatif, il y a le remploi conventionnel ou obligatoire, qui existe, quand les parties ont stipulé que, si les immeubles de l'une d'elles venaient à être vendus, le prix à provenir de l'aliénation devrait être employé en achat d'autres immeubles.

(1) M. Colmet de Santerre, VI, n^o 79 bis, XVII. — Cass., 2 mai 1859. D. 59.1.275.

(2) Cass., 26 juillet 1869. D. 69. I. 455. — *Contrà*, Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 72, p. 305.

(3) Rodière et Pont, I, 671.

156. — *Quand le remploi est obligatoire pour le mari, l'acceptation par la femme est-elle encore nécessaire?* L'affirmative est généralement admise, parce que le remploi obligatoire ne peut rendre plus mauvaise la situation de la femme, en la privant du droit de répudier une acquisition désavantageuse (1). Seul, le mari est lié par cette clause qu'il doit observer sous peine d'engager sa responsabilité et même de donner lieu à une action en séparation de biens.

Toutefois, il faudra reconnaître que cette acceptation, faite *ex intervallo* par la femme, sera inutile ou tout au moins pourra être opposée aux tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble, si le remploi est opéré en exécution d'une clause impérative du contrat de mariage, de telle sorte que, *de plein droit*, par l'acquisition du mari, la femme, présente ou absente, devienne propriétaire (2).

157. — On n'accordera au remploi le caractère obligatoire que si les futurs ont indiqué nettement leur volonté à cet égard ; dans le doute, on présumera que les parties, en insérant une clause de remploi, ont entendu s'en référer aux articles 1434 et 1435 du Code civil, c'est-à-dire se soumettre au remploi facultatif.

158. — Si la cause du remploi peut varier suivant le régime adopté, ses effets sont identiques et la seule question qui se pose est de savoir pour le compte de qui l'acquisition nouvelle a été faite.

159. — La théorie du remploi n'est pas spéciale aux immeubles, elle peut également s'appliquer aux valeurs mobilières que les époux s'étaient réservées propres par leur contrat, ou qui leur avaient été données ou léguées pendant le mariage, sous la condition qu'elles leur res-

(1) Rodière et Pont, I, 689. — *Contrà*, Cass., 13 juin 1838. Dalloz, *Rép. v^o Contrat de mariage*, n^o 1425.

(2) M. G. Demante, II, n^o 633.

teraient propres. Nous admettons que ce remploi pourra être effectué même en immeubles (1).

Si, dans notre exposé, nous ne parlons que du remploi des biens immobiliers, c'est pour plus de simplicité, mais ce que nous dirons sera également vrai pour le remploi des valeurs mobilières (2).

160. — La loi de frimaire et les lois postérieures ne prévoient pas le remploi pour le tarifier, parce que le droit à percevoir est le droit général établi sur les mutations mobilières ou immobilières suivant les cas.

I. — RÉGIME EN COMMUNAUTÉ. — SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS.

161. — Il existe deux façons d'opérer le remploi :

1^{re} *Manière*. — Le bien destiné à prendre la place de l'immeuble aliéné est acquis d'un tiers.

C'est l'hypothèse réglée par les articles 1434 et 1435 du Code civil.

2^e *Manière*. — Le mari transfère à la femme en paiement de ce qui lui est dû, soit un de ses immeubles propres, soit un immeuble de la communauté.

C'est l'article 1595-2^o du Code civil qui prévoit cette espèce de remploi.

Nous renvoyons après la théorie des reprises l'étude du remploi opéré en conformité de l'article 1595, 2^o du Code civil. Les principes qui seront exposés à propos des reprises matrimoniales faciliteront, en effet, la solution des difficultés fiscales auxquelles ce remploi a donné lieu.

(1) MM. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, I, n^o 679.

(2) *Le remploi doit-il avoir lieu en biens de la même nature que ceux dont le remplacement est effectué ?* Nous croyons que cela n'est pas nécessaire et que, sauf disposition contraire de la loi ou convention spéciale du contrat, le remploi est valablement fait en valeurs d'une nature différente. — En ce sens M. Guillouard, *op. cit.*, II, n^o 480. *Contrà*, MM. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n^o 681.

*De la perception sur le remploi prévu par les articles
1434 et 1435, du Code civil.*

A. Remploi pour le mari.

162. — La déclaration et l'acceptation de remploi doivent être faites par le mari dans l'acte même d'acquisition, car, pour lui, le remploi ne peut avoir lieu *ex intervallo*.

Est-il dû un droit fixe particulier sur cette déclaration et cette acceptation de remploi ? — Cette question a été longtemps controversée. Toutefois, ce n'est pas du silence de la loi que le doute provient. En effet, pour suppléer au défaut d'indication spéciale du tarif, il suffit de recourir au texte qui frappe d'un droit déterminé les déclarations pures et simples et en outre au texte plus général sur les actes innomés.

Au fond, il s'agit uniquement de savoir si la déclaration de remploi constitue, ou non, une disposition dépendante du remploi lui-même.

Une décision du Ministre des finances en date du 28 juin 1808 et un arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1833 avaient admis que la déclaration de remploi, faite par le mari, conduisait à la perception d'un droit particulier. Mais, aujourd'hui, d'après la doctrine qui a prévalu, cette déclaration est une disposition dépendante du remploi lui-même ; elle ne fait qu'indiquer le nom du propriétaire de l'immeuble acquis en remploi ; elle est donc nécessairement liée à la vente. L'Administration a accepté ce système (1).

B. Remploi pour la femme.

163. — 1° La femme accepte incontinent.

La question est la même que celle qui vient d'être po-

(1) Sol. 26 août 1864. *Rép. pér.*, 1980. — Sol. 10 septembre 1873. J. E. 19270. — M. G. Demante, II, n° 630. — *Contrà*, *Dictionnaire des rédacteurs*, V° *Communauté*, n° 159.

sée et résolue à l'occasion du remploi du mari. L'acceptation de remploi, ainsi faite, ne donne donc ouverture à aucun droit particulier et ce « soit que la femme, dûment » autorisée, se porte acquéreur et fasse elle-même la » déclaration, soit que, la déclaration étant faite par le » mari, la femme l'accepte formellement dans l'acte d'ac- » quisition » (1).

164. — 2° La femme accepte *ex intervallo*.

Est-ce le droit fixe ou bien le droit proportionnel qui est exigible sur cette déclaration ? En l'absence d'un texte spécial sur ce point, c'est aux principes généraux du droit civil qu'il faut recourir pour déterminer le caractère du remploi réalisé de cette manière. Tout revient à savoir à partir de quel moment l'immeuble, acquis en remploi, devient la propriété de la femme. Est-ce seulement à partir du jour de son acceptation ? ou bien depuis le jour de l'acquisition en remploi ?

165. — 1^{er} *Système*. — L'acceptation du remploi par la femme produit un effet rétroactif, non seulement entre les époux, mais encore à l'égard des tiers, de telle manière que la femme prend l'immeuble, sans avoir à respecter les aliénations totales ou partielles que le mari en aurait consenties.

Ce système a été exposé par M. Labbé dans son étude sur *La ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 66 et suiv. et M. Colmet de Santerre lui a donné l'appui de son autorité (2).

C'est sur l'intention probable du mari et sur la tradition historique que les partisans de cette doctrine se fondent. En insérant dans le contrat la déclaration prescrite par l'article 1435 du Code civil, le mari, fait-on observer, manifeste clairement la volonté d'acquérir pour sa femme. Cet achat d'un immeuble, destiné à servir de

(1) M. G. Demante, II, n° 630.

(2) VI, n° 79 bis, XIII. — Conf. M. de Folleville, n° 237-242.

remploi, est un acte de gérant d'affaires. Il faut donc appliquer ici toutes les règles de la gestion d'affaires et, par suite, admettre la rétroactivité de la ratification par la femme. « Si la femme, disait Pothier, ratifie et consent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif suivant la règle du droit : *ratihabitio mandato comparatur* (l. 152, n° 2, D., 50, 17), l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu du emploi de sa femme et avoir toujours été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation » (1).

Perception. — Comme corollaire, la femme qui ratifie, trouvant dans l'acte initial du mari la base de sa propriété, il n'y aura pas lieu à la perception d'un nouveau droit proportionnel de mutation et de transcription ; seul le droit fixe sera exigible.

Pour M. Laurent (2), le mari, en achetant un immeuble avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre de la femme, agit, non comme gérant d'affaires, mais en vertu du mandat général d'administrateur que lui confère le contrat de mariage. Mais, son mandat ne va pas jusqu'à lui permettre de faire un emploi pour sa femme sans le consentement de celle-ci. « Pothier, conclut M. Laurent, a donc raison de dire que l'acceptation de la femme est une ratification de ce que le mari a fait sans pouvoir suffisant ». M. Laurent arrive d'ailleurs à la même conclusion que M. Labbé.

166. — Ce système n'a pas prévalu en jurisprudence.

Sans doute, dans l'ancien droit, la théorie de la rétroactivité de l'acceptation de la femme était admise, mais aujourd'hui, les articles 1434 et 1435 du Code civil ne l'ont pas consacrée. Les travaux préparatoires du Code

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 200.

(2) M. Laurent, *Principes de droit civil*, XXI, n° 371.

sont formels en ce sens (1). Ils nous montrent Tronchet déclarant que la femme ne pourrait accepter « qu'à la » condition que l'immeuble existera encore en nature » dans la communauté et n'aura pas été hypothéqué; » car il est conquis de communauté tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de propre ». Cette interprétation fut approuvée par Cambacérès et Treilhard.

Quant à l'intention présumée du mari, elle ne paraît pas constituer un argument décisif; il est en effet peu probable que le mari ait entendu se mettre à la merci de sa femme jusqu'au jour où il plairait à celle-ci de se décider.

Au surplus, n'est-il pas dangereux pour les tiers de laisser à la femme le droit d'accepter avec effet rétroactif pendant toute la durée du mariage ?

167. — 2^e *Système*. — La déclaration du mari est simplement une offre de revente ou plutôt de dation en paiement, qui n'empêche pas l'immeuble acquis de tomber dans la communauté, conformément à l'article 1402 du Code civil. Donc, lors de l'acceptation du remploi, il se produira une nouvelle transmission de la communauté à la femme, ce qui entraînera l'exigibilité d'un nouveau droit proportionnel de mutation et de transcription.

Cette doctrine doit être rejetée, parce que, en considérant l'immeuble acquis en remploi comme un immeuble de communauté, elle tend à assimiler le remploi, fait en conformité des articles 1434 et 1435 du Code civil, au remploi effectué en vertu de l'article 1595, 2^e. Or, l'économie générale de la loi montre bien que le législateur a entendu consacrer deux modes de remploi : l'un, nécessitant une déclaration formelle dans le contrat d'acqui-

(1) Fenet, XIII, p. 563.

sition de l'immeuble, et l'autre, n'exigeant pas cette déclaration.

168. — 3^e *Système*. — La déclaration, contenue dans l'acte d'acquisition, ne constitue, à proprement parler, qu'une pollicitation que le mari fait à la femme et qu'il est libre de rétracter directement ou tacitement pour le tout ou pour partie.

Cette révocation peut résulter de l'aliénation par le mari du bien acheté avec déclaration de remploi. La constitution sur l'immeuble de servitudes ou d'hypothèques conventionnelles n'implique pas une rétractation totale de l'offre du mari, elle la modifie simplement en ce sens que la femme, en acceptant le remploi, sera tenue de respecter ces charges (1).

Ce que le mari propose ce n'est point, comme dans le second système, une *datio in solutum*, c'est une *subrogation* aux effets de son acquisition. Tant qu'il n'a pas révoqué l'offre par lui faite, cette *pollicitatio* produit un résultat : elle empêche les hypothèques légales ou judiciaires du chef du mari de grever l'immeuble acquis en remploi. L'article 1435 du Code civil serait inutile si les hypothèques générales pouvaient empêcher la femme d'accepter le remploi qui lui est proposé.

« Ce système donne, comme on voit, au remploi un caractère à part : l'immeuble acheté en remploi doit être traité *comme un conquêt* au point de vue des pouvoirs du mari, qui peut l'aliéner et l'hypothéquer comme un conquêt ordinaire ; mais, si le mari n'a pas usé de son droit de révocation et que la femme accepte, son accep-

(1) Aubry et Rau, V, § 507, p. 306. — Mourlon (*Traité de la transcription*, t. 1^{er}, n° 59, p. 60) admet bien le principe qui forme la base du troisième système, mais il s'écarte sur un point de la doctrine qui vient d'être exposée. D'après lui, le mari qui constitue des charges sur l'immeuble acquis ne *modifie* pas simplement son offre, il la *révoque* pour le tout. La conséquence de ce système est que l'immeuble ne peut plus désormais servir de remploi à la femme dans les termes des articles 1434 et 1435, C. civ.

tation a un effet rétroactif non seulement entre le mari et la femme mais encore au point de vue des créanciers à hypothèque générale du mari et au point de vue fiscal » (1). Cette doctrine a le grand avantage de concilier les intérêts de la femme avec ceux des tiers.

CONSÉQUENCES FISCALES.

169. — (a) *Droit proportionnel de mutation.* — Il n'est pas dû de nouveau droit proportionnel, parce qu'il n'y a qu'une seule mutation qui s'est opérée du vendeur primitif à la femme. Cette transmission était soumise à une double condition qui s'est réalisée, à savoir : la non-révocation par le mari de l'offre par lui faite à sa femme et l'acceptation du remploi par cette dernière.

170. — (b) *Droit de transcription.* — D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le droit de transcription est exigible parce que la femme, étant tenue hypothécairement vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec son mari, a intérêt à purger les hypothèques. L'acceptation donnée *ex intervallo* est par suite un acte de nature à être transcrit (2).

Donc, il vaudra mieux faire accepter incontinent le remploi par la femme. De cette façon, l'on économisera un droit fixe d'acceptation et un droit de transcription. (3)

171. — *Le droit de transcription est-il encore exigible dans les cas exceptionnels où l'acceptation de la femme rétroagit même à l'égard des tiers?* — Rap-

(1) M. Guillouard, *Contrat de mariage*, II, n° 509.

(2) Cass. 7 juin 1853. *Rép. gén.* 13941. Cass., 14 janvier 1868. Sirey, 68.1.136. *Inst. gén.*, 2366, § 3. Sol. 17 juillet 1879. *Rép. pér.*, 5369. J. E. 21218.

(3) L'impôt proportionnel de transcription, établi par la loi du 21 ventôse an VII, était perçu sur les actes d'aliénation, lors de leur présentation au bureau des hypothèques. Mais, ces dispositions ont été modifiées par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, qui ordonne la perception du droit, même avant l'accomplissement de la formalité, toutes les fois que *théori-*

pelons que l'on admet la rétroactivité de l'acceptation de la femme même à l'égard des tiers : 1° quand le remploi a lieu en exécution d'une clause impérative du contrat de mariage, de telle sorte que la femme, présente ou absente, devienne propriétaire de plein droit par l'acquisition du mari ; 2° lorsque, dans l'acte d'acquisition passé par le mari, il est stipulé que l'acceptation de la femme aura lieu dans un délai préfix.

Dans ces deux cas, devra-t-on percevoir le droit de transcription ? Nous pensons qu'il faut répondre négativement et que le droit fixe d'acceptation sera seul encouru, parce qu'ici la femme n'a certainement aucun intérêt à purger (1).

La solution serait identique si le mari, en acquérant l'immeuble, s'était porté fort pour sa femme, c'est-à-dire avait pris l'engagement d'obtenir sa ratification (1120, C. civ.) (2) et encore dans l'hypothèse où le mari aurait agi comme mandataire spécial de sa femme. Si l'acquisition avait été faite par le mari et par la femme conjointement, l'acceptation que la femme renouvellerait ultérieurement en vue du remploi ne serait pas sujette au droit de transcription (3).

172. — *Du remploi anticipé ou in futurum.*

Le remploi anticipé est reconnu valable par la doctrine et la jurisprudence pour les raisons suivantes :

1° Si le remploi suppose nécessairement le remplacement d'un immeuble par un autre, il n'y a rien dans la loi qui oblige à aliéner d'abord l'immeuble propre ; il

quement la transcription offre un avantage à l'acquéreur. Cette rigueur de la loi fiscale est contraire aux vues du législateur en matière civile ; aussi, la plupart des auteurs demandent-ils qu'on renonce à la perception du droit de transcription basée sur une simple possibilité théorique de la purge (Conf. M. Dubois, *Du remploi*, n° 63).

(1) M. G. Demante, II, n° 633.

(2) M. Naquet, III, n° 1065. — *Contrà*. M. Dubois, *Du remploi*, n° 58.

(3) J. N. 18746.

suffit qu'il y ait une aliénation et une acquisition, mais peu importe l'ordre dans lequel elles se produisent.

2° Il est d'une bonne administration de profiter de l'occasion qui se présente d'acquérir un immeuble qui remplacera avantageusement celui dont l'époux est actuellement propriétaire et, ensuite, de vendre ce bien propre.

3° Avec cette manière de procéder, l'époux, assuré qu'il est de la propriété de l'immeuble qui doit lui servir de remploi, pourra aliéner son propre en toute sécurité.

Contre cette doctrine, on a fait valoir que l'acceptation antérieure du remploi doit être frappée de nullité comme subordonnée à une condition potestative (art. 1174, C. civ.). Cette objection n'est pas fondée. En effet, la condition potestative prohibée par la loi est celle qui dépend de la volonté pure *ex mero arbitrio* et non pas celle qui, comme le remploi anticipé, consiste en un fait dépendant de la volonté, mais dont la réalisation ou l'inaccomplissement peut apporter un avantage ou causer un préjudice (1).

Ce n'est pas seulement pour la femme que le remploi par anticipation doit être considéré comme valable, nous croyons qu'il faut donner la même solution pour le remploi anticipé des biens du mari, parce qu'il n'y a aucun motif juridique de distinguer à cet égard entre les deux conjoints (2).

Le remploi *in futurum* peut avoir lieu sous tous les régimes.

(1) Conf. Demolombe, *op. cit.*, 25, n° 314.

(2) Cass., 14 mai 1879. J. E. 21270. — *Contrà*. Troplong, II, n° 1154. — MM. Aubry et Rau ont proposé un système mixte (V, § 507, texte et note 64). D'après eux, le remploi anticipé ne serait valable qu'autant qu'au moment de l'acquisition le mari aurait eu l'intention sérieuse et bien arrêtée de vendre ses immeubles. Cette opinion, qui n'est justifiée par aucun texte, jetterait les époux dans des procès inextricables.

173. — (a) Le remploi anticipé est fait au profit du mari ou au profit de la femme qui accepte par acte *isolé*. — Dans cette hypothèse il y a évidemment lieu d'appliquer toutes les règles posées pour le remploi ordinaire.

174. — (b) L'acceptation de la femme a lieu dans l'acte d'acquisition *même*.

Cette acquisition suffit-elle pour attribuer la propriété de l'immeuble à la femme ou bien doit-elle être renouvelée au moment de l'aliénation du propre de cette dernière ?

1^{er} *Système*. — Un nouvel acte est nécessaire et il sera passible du même impôt que s'il intervenait à la suite d'un remploi ordinaire. Dans cette doctrine, on considère que la femme n'a accepté qu'un *simple projet*, parce que rien dans la loi ne l'autorise à s'engager définitivement avant d'avoir aliéné son propre. On ajoute en outre que l'opinion contraire nuit à la circulation des biens en rendant la propriété incertaine et aboutit à ce résultat inacceptable que la femme posséderait deux propres à la fois (1).

2^e *Système*. — La femme n'est pas obligée de renouveler son acceptation et, par suite, aucun droit proportionnel n'est encouru. En effet, si rien n'autorise la femme à s'engager définitivement avant d'avoir aliéné son bien propre, aucun texte non plus ne le lui défend. D'ailleurs, elle pourra refuser de vendre son immeuble propre, si elle juge que le remploi lui est désavantageux. Enfin, nous reconnaissons bien qu'il y aura incertitude sur la propriété de l'immeuble, mais ce résultat se rencontre dans tous les actes conditionnels. Donc, la femme est libre d'avoir deux biens propres à la fois, parce que l'un est possédé sous la condition que l'autre cessera de l'être (2).

(1) M. Garnier, *Rép. gén.* nos 13917, 13949.

(2) Sol. 26 décembre 1865.

175. — Il peut arriver que le mari avance de ses deniers personnels le prix de l'immeuble acheté en remploi pour sa femme. Le droit d'obligation ne sera néanmoins pas exigible, parce que cette opération est une dépendance de la gestion du mari et ne fait naître aucune créance personnelle au profit de l'un des époux contre l'autre.

Il en serait encore ainsi, même sous le régime dotal, si le contrat d'acquisition portait, avec l'assentiment de la femme, que le mari se rembourserait de son avance sur les premiers fonds à recouvrer du chef de son épouse. L'Administration a d'abord contesté l'exactitude de cette opinion et a soutenu que le droit d'obligation était dû. Les époux, disaient les représentants du Trésor, ne se sont pas bornés ici à une déclaration avec renvoi à la dissolution du mariage pour la restitution des déboursés du mari ; ils ont au contraire stipulé que celui-ci se couvrirait de son avance sur les premiers fonds à provenir, ce qui s'applique aussi bien aux fonds paraphernaux qu'aux fonds dotaux. Or, à l'égard des biens paraphernaux, on ne peut prétendre que le mari effectue le remboursement en qualité de simple administrateur. En effet, un mandat est toujours révocable et la promesse de remboursement contenue dans le contrat, a eu lieu d'une manière définitive.

Mais la Cour de cassation (1) a repoussé cette prétention, parce que la volonté de faire un prêt n'était pas suffisamment caractérisée. Elle n'a vu avec raison, dans cette affaire, que l'exécution du mandat légal ou tacite qui oblige le mari à assurer le remploi des fonds provenant des biens dotaux ou paraphernaux de sa femme.

176. — *Acquisition en remploi faite pour une somme supérieure au prix provenant des immeubles aliénés.* — Si la différence du prix de l'immeuble vendu à celui de

(1) Cass., 3 mai 1864. Instr. gén., 2288, § 2. — M. Garnier, *Rép. gén.*, 41969.

l'immeuble acquis en remploi était peu considérable, le bien acheté serait propre en totalité, sauf récompense à la communauté. Si, au contraire, cette différence était importante, il faudrait décider que l'immeuble acquis deviendrait propre jusqu'à concurrence du prix d'aliénation et serait conquêt pour le surplus.

Cette distinction sera observée pour la perception des droits.

II. — DU REMploi SOUS LES RÉGIMES AUTRES QUE LA COMMUNAUTÉ.

177. — Sous le régime dotal et sous le régime sans communauté, il ne peut être question que du remploi concernant la femme. Nous appliquerons à ce remploi toutes les règles précédentes. En effet, l'on doit étendre à la propriété intérimaire du mari tout ce qui a été dit de la propriété intérimaire de la communauté. Par suite, quand le mari n'a reçu aucun pouvoir spécial pour effectuer seul le remploi, l'acceptation de la femme par acte séparé est passible du droit de transcription et non du droit de mutation (1).

Sous le régime de la séparation de biens, où la femme conserve la libre administration de sa fortune, l'on présumera qu'en achetant un immeuble pour servir de remploi à sa femme, le mari a agi comme mandataire de cette dernière. Son intervention ne peut guère s'expliquer que de cette façon. L'acceptation de ce remploi ne donnera donc ouverture ni au droit de mutation, ni au droit de transcription ; un simple droit fixe de 3 francs sera exigible (2).

§ 2. — *De l'emploi.*

178. — L'emploi consiste dans l'acquisition d'un bien

(1) Cass. 14 janvier 1868. *Rép. pér.*, 2599.

(2) En ce sens, M. Naquet, III, n° 1068.

comme placement de deniers propres à l'un des époux. On en trouve le principe dans l'article 1553 du Code civil et dans plusieurs autres hypothèses où la loi prescrit l'emploi des deniers. L'obligation d'employer peut également résulter de la convention des parties et cet usage est particulièrement fréquent en matière de contrat de mariage. Bien que le Code ne s'occupe nulle part, d'une manière spéciale, de cette clause, on s'accorde néanmoins à la considérer comme licite (1).

Le bien acheté pour employer les deniers de l'un des époux ne deviendra propre que si l'acquisition a eu lieu suivant les règles posées par les articles 1434 et 1435 du Code civil (2).

Le remploi, étudié précédemment, est un véritable emploi qui s'entend plus spécialement du remplacement des biens des époux.

Nous pensons, comme dans l'hypothèse voisine du remploi (n° 156), que l'acceptation de la femme est nécessaire pour la validité de l'emploi, même quand cette opération est faite en conformité d'une clause obligatoire du contrat de mariage (3). En effet, la femme a droit de contrôler la manière dont son mari a opéré l'emploi ordonné par le contrat. S'il n'en était ainsi, la femme pourrait devenir propriétaire, malgré elle, dans des conditions désavantageuses, ce qui n'est pas admissible.

Toutes les règles de perception ci-dessus déduites relativement au remploi seront applicables à l'emploi.

Déjà, une solution du 15 juin 1830 (4) avait décidé que

(1) Dans ce sens Cass., 16 novembre 1859. S. 1860. 1. 241. — Aubry et Rau, V, p. 309 et 310, § 507, texte et note 88. — *Contrà*. Laurent XXI, n° 363.

(2) Aubry et Rau, V, § 523, texte et note 11, p. 465. — Cass., 26 mai 1835. Sirey, 35. 1. 833.

(3) En ce sens Dalloz, V, v° *Contrat de mariage*, n° 4023. — Marcadé sur l'art. 1553, n° 3. — *Contrà*. Rodière et Pont, n° 1695. — *Conf.* Benech, *De l'emploi*, nos 41 et suiv.

(4) J. E. 10431.

les déclarations d'emploi de deniers, intervenues *in continenti*, étaient une dépendance des actes qui les renfermaient et échappaient à tout droit particulier. Mais comme l'Administration refusait d'admettre la même doctrine à l'égard des remplois, il y avait là une antinomie qui disparut le jour où la jurisprudence fiscale reconnut que la déclaration de remploi était aussi une disposition dépendante (n° 162).

La déclaration d'emploi, constatée par acte séparé, est assujettie au droit fixe de 3 francs et en outre au droit de transcription, s'il s'agit d'un emploi en immeuble. En un mot, nous ferons ici l'application pure et simple de ce qui a été dit pour le remploi effectué *ex intervallo*.

179. — Conformément à l'article 31 de la loi du 22 frimaire an VII, les frais d'emploi et de remploi sont à la charge de l'époux qui reste propriétaire du bien acquis.

SECTION II

Acquisition par un époux marié sous le régime de la communauté de tout ou partie d'un immeuble dont il est copropriétaire par indivis.

180. — Article 1408, 1^{er} alinéa. « *L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition* ».

Le principe du premier alinéa de l'article 1408 repose sur l'idée d'accession ou d'accroissement, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la fiction de l'article 883 du Code civil, d'après lequel le partage et la licitation sont déclaratifs de propriété et ne constituent pas des titres d'acquisition. L'article 1408-1^o est général, sa dis-

position embrasse tous les genres d'acquisition et s'applique même dans le cas où le contrat ne produit pas d'effet déclaratif, ce qui a lieu, notamment, lorsque l'indivision ne cesse pas *ergà omnes*. Les travaux préparatoires du Code confirment cette interprétation (1). De plus, l'explication de notre texte par l'article 883 est peu sûre, parce qu'on est loin d'être d'accord sur la question de savoir quelle est la portée que l'on doit reconnaître à l'effet déclaratif du partage, si l'article 883 a une valeur absolue, ou s'il ne faut pas le restreindre aux hypothèses en vue desquelles il a été écrit. Or, d'éminents jurisconsultes estiment que l'article 883, ayant pour but de défendre un héritier ou un copropriétaire contre les ayants cause de l'autre, on excéderait la pensée de la loi en donnant à ce texte un effet entre le copropriétaire et ses propres ayants cause, notamment entre le copropriétaire et son conjoint « qui est un ayant cause en qualité d'associé (2) ».

Donc, le véritable motif de la disposition du premier alinéa de l'article 1408 doit être cherché ailleurs et nous croyons qu'on le trouvera dans la défaveur qui s'attache à l'état d'indivision et dans le désir qu'a le législateur d'éviter toutes difficultés entre la communauté et l'un des époux.

L'article 1408-1° reçoit son application, quelles que soient la cause et la date de l'indivision, qu'elle provienne de succession, donation, legs ou de tout autre titre, qu'elle soit antérieure ou postérieure au mariage. Il en serait encore de même, si l'acquisition ne faisait pas cesser complètement l'indivision entre l'époux et les autres copropriétaires (3).

181. — L'époux copropriétaire acquiert *hic et nunc* et

(1) Fenet, XIII, p. 495 et 607.

(2) M. Colmet de Santerre, VI, 36 bis, III.

(3) Cass. 30 janvier 1850. J. E. 14987, 1.

irrévocablement, à titre de propre, la portion achetée dans l'immeuble indivis. En conséquence, la mutation de cette part ne donne ouverture qu'au droit proportionnel payé par un cohéritier, c'est-à-dire au droit de 4 pour cent, si l'acte a le caractère d'un partage ou d'une licitation et de 5 fr. 50 pour cent dans le cas contraire. En effet, la jurisprudence constante de la Cour de cassation est que le droit de transcription est dû, toutes les fois que l'indivision ne cesse pas d'une manière absolue.

La déclaration faite dans le contrat que la part acquise sera propre à l'époux copropriétaire n'est susceptible d'aucun droit particulier, c'est là une disposition inhérente au contrat lui-même (1).

SECTION III

Du retrait d'indivision.

182. — Article 1408, 2^e alinéa : « *Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition* ».

L'opération indiquée dans ce texte est désignée, dans la pratique, sous le nom de retrait d'indivision.

183. — La question à résoudre est de savoir quelle est la condition de l'immeuble tant que la femme n'a pas exercé son droit d'option. La femme devient-elle immédiatement propriétaire, sous la condition résolu-

(1) J. E. 13614-1-2.

toire d'abandonner le fonds, ou, au contraire sa propriété est-elle subordonnée à la condition suspensive de retirer le fonds? Troplong fait remarquer que c'est « la question la plus difficile qu'offre le commentaire de l'article 1408 » (1).

La rédaction de ce deuxième alinéa, loin de fournir le moyen de trancher la difficulté, contribue plutôt à l'augmenter. En effet, après avoir dit que la femme a le droit d'*abandonner* l'acquisition à la communauté, ce qui laisse supposer qu'elle en est propriétaire, le texte ajoute immédiatement qu'elle a la faculté de le *retirer*, ce qui semble indiquer une propriété en faveur de la communauté.

184. — 1^{er} *Système*. — Jusqu'à l'arrêt du 17 février 1886, relaté ci-après, l'Administration a réglé sa perception, d'après l'opinion qui, *pendente conditione*, attribue à la portion acquise le caractère d'un acquêt.

Les principes conduisent à cette solution. La loi permet bien à la femme d'empêcher que la communauté devienne propriétaire de la portion acquise, mais, tant qu'elle n'use pas de ce droit, « le bien doit suivre son » cours naturel et être un acquêt, un bien commun » (2).

Cette doctrine se défend par la tradition historique, les travaux préparatoires du Code et la force que l'on doit reconnaître à la teneur apparente des contrats.

D'après la loi 78, § 4 au *Digeste*, *De jure dotium*, 23.3, le mari devenait personnellement propriétaire pendant le mariage de la portion acquise en son nom dans l'immeuble possédé indivisément par sa femme. A la dissolution du mariage, l'immeuble tout entier, que les époux le voulussent ou non, était dotal contre remboursement au mari du prix par lui payé. Cette règle passa dans les provinces de droit écrit. Les pays de coutume l'a-

(1) Troplong, *op. cit.*, n° 648.

(2) M. Colmet-de Santerre, VI, 37 bis, VII.

doptèrent également, en réservant, toutefois, à la femme le droit de prendre ou de répudier l'immeuble licité. Les travaux préparatoires du Code, ainsi que le confirme Maleville (1), prouvent que les rédacteurs ont entendu consacrer la doctrine suivie dans les pays de droit coutumier. Ajoutons que cette protection donnée à la femme s'explique sous le régime de la communauté par un motif spécial : l'article 1408, 2° est une garantie donnée par le législateur à la femme contre les pouvoirs que la loi reconnaît au mari, comme chef de la communauté et administrateur des propres de son épouse.

Le mari ayant agi à l'acte en son nom personnel, cette considération établit qu'on ne peut lui prêter l'intention d'avoir voulu acquérir l'immeuble en qualité de gérant d'affaires de sa femme. « Puisque le mari paraît » dans cet acte en son nom personnel, il est dangereux » de régler les effets de cet acte, comme si le mari avait » acheté au nom de sa femme » (2). Enfin nous dirons avec M. G. Demante : « Jusqu'à preuve contraire, les » contrats sont régis par la teneur des actes. Ici la teneur de l'acte fait propriétaire soit la communauté, » soit le mari. La présomption de la loi n'est pas formelle en sens contraire. Dans le doute, provision est » due au titre » (3).

Cette solution ne pourrait être rejetée que si le mari avait fait l'acquisition, en qualité de mandataire de sa femme, ou si des circonstances spéciales démontraient qu'il avait eu l'intention d'acheter comme gérant d'affaires. Dans ce cas, l'acquisition devrait rentrer sous l'application du premier alinéa de l'article 1408 et la portion acquise serait incontestablement propre à la femme, sauf récompense à la communauté » (4).

(1) Analyse du Code civil sur l'article 1408.

(2) Colmet de Santerre, VI, 37 bis, VII.

(3) M. G. Demante, II, n° 635.

(4) M. G. Demante, *eod. loc.* — M. Naquet, III, n° 1069.

Conséquences fiscales de ce premier système.

185. — 1^{ent} *Au point de vue du droit de mutation.* — L'acquisition étant pour le compte de la communauté, le receveur percevra le droit de 4 0/0, plus le droit de transcription de 1 fr. 50 0/0, lors de l'enregistrement du contrat.

En outre, si, plus tard, la femme exerce le retrait, il y aura lieu de prendre un nouveau droit de 4 0/0, car la résolution accomplie vaut rétrocession.

Mais le droit de transcription sera-t-il exigible dans cette hypothèse ? La réponse à cette question dépend du parti que l'on adopte sur le point de savoir si l'article 1408, 2^e alinéa, règle, ou non, la situation entre la femme et ses copropriétaires. Pour ceux qui admettent que la propriété de la communauté étant résolue au profit de la femme, cette dernière se trouve substituée à la communauté *ergà omnes* et est tenue du paiement du prix directement envers les anciens copropriétaires, le droit de transcription n'est pas dû (1). Au contraire, l'on conclura à la perception de cet impôt, si l'on pense que l'article 1408, 2^e alinéa est étranger au règlement des rapports existant entre la femme et ses copropriétaires (2). C'est en faveur de la non exigibilité du droit de transcription que nous nous prononçons, parce que l'option de la femme « a un effet rétroactif et fait par conséquent évanouir les actes d'aliénation, ou de constitution de droits réels, consentis par le mari, relativement à l'immeuble qui forme l'objet du retrait. Mais il est bien entendu que, si la femme avait concouru à ces actes, elle serait obligée de les respecter » (3).

(1) En ce sens, M. Naquet, III, n° 1069. — M. Colmet de Santerre, VI, 37 bis, X.

(2) Voir Cass., 14 novembre 1854. Sirey, 55. 1. 718.

(3) Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 105, page 315.

186. — 2^{ent} *Au point de vue des droits de mutation dus par suite du décès de la femme.* — Si la communauté est considérée comme propriétaire, il ne faudra comprendre dans la déclaration de succession de la femme que la moitié de la portion acquise.

187. — 3^{ent} *Au point de vue de la question de savoir à qui appartient l'immeuble, lorsque la femme et ses héritiers ont laissé s'écouler, après la dissolution de la communauté ou de la société d'acquêts, le délai de 30 ans dans lequel l'option doit être exercée.*

Dans le système que nous exposons, la portion d'immeuble acquise par le mari doit être considérée comme un conquêt et la prescription transformera, en état de droit définitif, un état de fait qui s'est, à titre provisoire, prolongé pendant le laps de temps fixé par la loi (1).

188. — 4^{ent} *Au point de vue du partage de la communauté.*

L'attribution au mari de la portion acquise sera exempte de tout droit, si c'est pour le compte de la communauté que l'acquisition a eu lieu.

De nombreux auteurs (2) se sont prononcés pour ce premier système, en faveur duquel M. Lyon-Caen a conclu en ces termes dans sa remarquable note sur l'arrêt du 17 février 1886 précité : « Nous croyons plus sûr de ne pas admettre le mandat tacite, de considérer le mari comme ayant acquis en son nom personnel et, par suite, de laisser à la femme l'option consacrée par l'article 1408, 2^e alinéa. Avec la doctrine contraire, on arriverait à un résultat que le législateur a précisément voulu éviter par la disposition de l'article 1408, 2^e alinéa ; il dépendrait du mari d'imposer à sa femme une acquisition, il lui suf-

(1) M. Lyon-Caen, *Note* sur l'arrêt du 17 février 1886, *J. Palais* 1886, p. 379.

(2) Voir M. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXI, n° 340. — M. Guilouard, *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 539. — M. Colmet de Santerre, VI, 37 bis, VI.

firait d'acheter, sans dire qu'il le fait en son nom personnel.

« L'article 1408, 2^e alinéa, en consacrant le droit d'option pour le cas où le mari a acquis *seul et en son nom personnel*, n'a pas voulu indiquer que ce droit d'option n'appartient à la femme que quand le mari a déclaré acheter pour lui, mais seulement que, même dans ce cas le plus favorable au mari qui voudrait conserver le bénéfice de l'acquisition, la femme a le droit d'exercer son droit.

« En réalité, quand le mari seul figure dans une acquisition d'une portion d'immeuble dont sa femme a la copropriété, l'acquisition ne doit former un propre que lorsqu'il a agi en vertu d'un mandat.

« Lorsqu'il n'est pas justifié de ce mandat, on ne doit pas le présumer. »

189. 2^e *Système*. — L'acquisition faite durant la communauté par le mari, agissant en son nom personnel, de tout ou partie de l'immeuble dont sa femme est copropriétaire profite en propre à cette dernière, sous la condition résolutoire de la faculté d'option, qui lui est réservée par l'article 1408, 2^e alinéa.

On doit présumer que le mari, agissant dans le but de faire cesser l'indivision, a stipulé dans l'intérêt de la femme, en vertu d'un mandat tacite donné par cette dernière. L'article 1408, 2^e alinéa ne fait qu'autoriser la femme à user du droit qu'a toute personne de ratifier les actes d'un gérant d'affaires. Pothier admettait cette sorte de présomption de mandat (1).

Cette doctrine, soutenue par Rodière et Pont (2) et Marcadé (3) a été sanctionnée par la majorité des tribunaux (4) et tout récemment encore par la Cour de cassa-

(1) *Traité de la communauté*, n° 151.

(2) N° 630.

(3) Sur l'article 1408.

(4) Cass. 30 juillet 1826. D. 26. 1. 144. — 2 décembre 1867. P. 1868. 379.

tion⁽¹⁾. Il y a, ajoute-t-on, intérêt à empêcher l'indivision de s'établir entre la femme et la communauté.

A la suite de cet arrêt du 17 février 1886, l'Administration, considérant qu'elle ne pouvait plus maintenir sa jurisprudence antérieure, s'est, par une solution du 4 septembre 1886 (2), rangée à la théorie que la Cour de cassation venait de faire triompher.

190. — Les conséquences de cette doctrine sont diamétralement opposées à celles qui découlent du premier système. Ainsi, la solution précitée du 4 septembre 1886 admet que l'acquisition, faite en son nom personnel par le mari, ayant le caractère d'une licitation et amenant la cessation de l'indivision, ne donne pas ouverture au droit de transcription. Quant au droit proportionnel d'enregistrement, il sera encouru sur la portion acquise (3), parceque le contrat, ayant eu lieu pour un prix dont la femme est débitrice, constitue un partage avec soulte ou une licitation et que cette opération est sujette à l'impôt. Toutefois, le droit proportionnel ne serait pas perçu si ce partage ou cette licitation étaient accompagnés d'un partage définitif établissant que le prix de vente ou d'adjudication tombe irrévocablement dans le lot de la femme.

SECTION IV.

Rétablissement du régime matrimonial après séparation.

191. — Les époux peuvent faire cesser la séparation judiciaire de biens prononcée entre eux et se replacer sous le régime stipulé dans leur contrat de mariage. Les

(1) Arrêt précité du 17 février 1886.

(2) J. E. 22820.

(3) Art. 69, § 7 n^o 4, 22 frimaire an VII.

choses se trouvent alors remises dans un état tel que la séparation est considérée comme n'ayant jamais eu lieu.

L'acte de rétablissement ne donne ouverture qu'au droit fixe de trois francs, parce qu'il n'est que le complément du contrat primitif dont il continue les effets.

CHAPITRE II

DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

Des reprises matrimoniales.

192. — Le régime matrimonial prend fin : 1° par la dissolution du mariage, 2° par la séparation judiciaire de biens.

La question de la cessation du régime matrimonial présente une grande importance au point de vue de la perception, particulièrement sous les régimes dont l'effet est d'établir, dans une mesure quelconque, une société de biens entre les époux.

Nous supposons, pour plus de simplicité, que la liquidation des reprises a lieu entre les deux époux, mais tout ce qui sera dit pour eux s'appliquera à leurs héritiers et représentants.

193. — Le mari est, en général, administrateur des biens propres de sa femme ; souvent même, le régime adopté lui confère une sorte d'usufruit de la dot et des reprises.

Il est donc utile d'indiquer brièvement les droits d'enregistrement auxquels donne ouverture la remise par le mandataire ou l'usufruitier des choses appartenant, soit au mandant, soit au nu-propriétaire. De même, il est intéressant de connaître si les valeurs dont le mandataire et l'usufruitier sont comptables doivent être, à leur décès, comprises parmi les biens héréditaires sujets à l'impôt des successions.

194. — *Mandataire.* — En principe, la remise en nature par le mandataire au mandant des valeurs propres à ce

dernier n'est pas soumise au droit proportionnel de libération, parce que le recevant reprend directement des biens, qui n'ont jamais fait partie du patrimoine du gérant.

Si le mandataire recouvre les créances qu'il avait mission de toucher et meurt sans avoir réglé son compte, il est accepté sans difficulté que les deniers comptants, trouvés dans sa succession, représentent jusqu'à due concurrence les valeurs réalisées. On les déduira pour le calcul des droits de mutation. C'est qu'en effet, en cette matière, la question de propriété ne doit pas être envisagée aussi rigoureusement que lorsqu'il s'agit, en droit civil, de statuer sur une revendication. En règle générale, la revendication n'est possible que pour un corps certain et déterminé. Mais, la prétendue propriété abstraite, qui est impuissante à engendrer, en droit civil, soit l'action en revendication soit un droit de préférence peut amener, en droit fiscal, une modification à la règle de la non distraction des charges (1).

Supposons, maintenant, que le mandataire ait employé les deniers provenant des créances recouvrées à l'acquisition de biens propres et décède sans avoir rendu son compte. Ses héritiers seront-ils autorisés à déduire de l'actif à déclarer le reliquat de son compte de gestion ? De même, si, pour désintéresser le mandant, il lui est transmis des biens dépendant de la succession du mandataire, le droit de dation en paiement sera-t-il exigible ? Pour soutenir que cette déduction est légitime et que le droit de dation en paiement ne doit pas être perçu, l'on

(1) M. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, II, n° 534, écrit à ce sujet : « C'est abusivement et par extension qu'on parle souvent de la *propriété d'une somme* ; en parlant ainsi, on considère la somme d'une manière abstraite, indépendamment du corps de deniers qui la composent ; une semblable propriété ne suffit pour fonder ni revendication ni prélevement quelconque ; elle suffit cependant pour écarter le droit proportionnel de libération et donner lieu au droit fixe de décharge (Voir art. 68, § 1, n° 27 (loi de frimaire) ».

peut, par voie d'analogie, arguer de la théorie admise par l'Administration elle-même sur les legs de sommes d'argent n'existant pas en nature dans la succession. A l'égard du règlement des droits relatifs à ces legs, toutes les valeurs mobilières composant le patrimoine du défunt sont, par une sorte de fiction, mises sur le même rang et la distraction des sommes léguées s'opère sans distinction sur la totalité de cette masse (Instruction générale, n° 1723-4). Pourquoi n'en serait-il pas de même pour les sommes dues au mandant et qui grèvent la succession du mandataire, comme des legs de sommes d'argent pourraient le faire ? Il n'y aurait par suite, que sur l'actif immobilier de la succession que la déduction ne serait pas imputable.

195. — *Usufruitier*. — Passons maintenant à l'usufruitier. C'est surtout en cette matière que la jurisprudence a apporté des atténuations à la rigueur des principes.

Et tout d'abord, il est évident que les valeurs qui se retrouvent en nature dans la succession de l'usufruitier ne doivent pas figurer dans l'actif héréditaire (1). Il en est de même pour les valeurs et créances acquises en remploi de celles sur lesquelles portait primitivement l'usufruit (2).

Ceci va sans difficulté. Mais, prenons un usufruitier d'une somme d'argent ou d'une autre chose fongible. Si, lors de son décès, cet usufruitier ne possède plus dans son patrimoine de deniers comptants, ou de choses semblables à celles qu'il avait reçues, autorisera-t-on ses héritiers à distraire de l'actif de sa succession la valeur dont il avait l'usufruit ?

Au point de vue des principes, il est incontestable que

(1) Seine, 10 janvier 1839. J. E. 12421. Dans l'espèce prévue par ce jugement il s'agissait de deniers comptants soumis à usufruit.

(2) Délibération, 8 février 1831. J. E. 10132.

le nu-propriétaire des sommes ou valeurs soumises à quasi-usufruit n'est qu'un simple créancier (1). L'Administration, pensant que les héritiers du quasi-usufruitier, en rendant au nu-propriétaire ce qui lui était dû, opéraient non pas la restitution d'un dépôt, mais bien le paiement d'une dette, s'était refusée à admettre aucune déduction. Cette doctrine reçut pendant longtemps l'appui de la jurisprudence (2).

C'est l'Administration elle-même qui porta les premiers coups à cette rigoureuse interprétation. Par décision du 7 janvier 1857, elle autorisait la déduction sur les valeurs mobilières du patrimoine de l'usufruitier d'une somme égale au montant des valeurs mobilières, qui avaient été frappées du droit d'usufruit, lors de l'ouverture de la succession du créateur de cet usufruit.

La jurisprudence s'empara de cette idée nouvelle et l'appliqua sans restriction. Le 3 avril 1865 le tribunal de Bourg rendait un jugement, dans lequel on lit ce considérant : « Attendu que c'est évidemment jouer sur le » mot *charges*, dont se sert l'article 14 de la loi de » l'an VII, que d'appeler ainsi l'obligation pour un usu- » fruitier de restituer à son décès la chose qu'il ne pos- » sédait qu'en jouissance et qui appartient à autrui ; » qu'en interdisant la distraction des charges pour la » supputation de l'actif successoral, cette loi n'a entendu » parler que des dettes inhérentes à l'hoirie et suscepti- » bles d'être simulées par fraude, mais nullement de » l'objet d'un usufruit, dont l'existence indépendante de » la volonté du défunt et de ses successibles reste à l'a- » bri de tout soupçon » (3).

Conformément à cette doctrine, la Cour de cassation avait déjà décidé, par arrêt du 6 décembre 1858 (4), que la

(1) Demolombe, t. X, n° 289.

(2) 7 juillet 1852. J. E. 15601. — Seine, 22 juillet 1852. J. E. 15522.

(3) J. E. 17633.

(4) *Rép. pér.* 1126. Instr. gén. 2234, affaire de Saint-Chamant.

délivrance au nu-propriétaire n'était « autre chose que » la réalisation du droit antérieurement acquis à ce dernier », et ne pouvait « constituer l'acquit d'une charge » de la succession dans le sens de la loi fiscale ». En conséquence, la Cour avait autorisé la déduction des sommes grevées d'usufruit sur l'ensemble du patrimoine de l'usufruitier, *aussi bien sur les immeubles que sur les meubles*.

L'Administration a depuis tenté de soutenir que la déduction ne devait porter que sur les valeurs et notamment sur les immeubles dont l'usufruitier était propriétaire, lors de l'ouverture de son droit. Cette restriction n'est pas logique. En effet, si le donateur de sommes non payées ou l'héritier chargé d'acquitter des legs viennent à décéder avant d'avoir payé les sommes données ou léguées, la jurisprudence admet, sans difficulté, que l'on défalque de l'actif de leurs successions le montant des sommes encore dues. On n'a jamais soutenu que cette déduction ne devait être opérée « qu'à l'égard des biens » possédés par le donateur au jour de la libéralité ou à » l'égard des seuls biens recueillis par l'héritier dans » la succession du *de cujus* et non de ses biens personnels (1). » Or, pourquoi n'en serait-il pas de même pour la succession de l'usufruitier ? Est-ce que la situation de ce dernier n'est pas, en définitive, identique à celle de ce donateur ou de cet héritier ? Cette solution est au surplus commandée par l'équité. En fait, le Trésor ne peut se plaindre de cette manière de procéder, car, il est à peu près certain qu'en employant pour ses besoins les valeurs, dont il n'avait que la jouissance, l'usufruitier a, par cela même, ménagé d'autant son propre patrimoine. Tel est l'avis de M. Garnier (2).

Nous verrons dans quelle mesure ces principes s'ap-

(1) M. Garnier, *Rép. gén.*, n° 16723.

(2) *Rép. gén.* 16723.

pliquent au règlement des reprises matrimoniales sous les différents régimes.

A. Régimes sans communauté.

196. — Sans contestation possible, il n'est dû que le droit fixe de décharge :

1^o Sur la restitution des biens dotaux corps certains ;
2^o sur la restitution de l'équivalent des sommes ou valeurs dotales qui, par suite de leur nature fongible, ont été consommées ; 3^o sur la restitution des sommes ou valeurs paraphernales, dont le mari avait pris l'administration en exécution d'un mandat, exprès ou tacite, de sa femme, sauf, bien entendu, l'application du droit de quittance, si le mari avait reçu ces sommes ou valeurs en qualité d'emprunteur ; 4^o et sur la restitution des sommes ou valeurs provenues de l'aliénation faite sans remploi des biens propres de la femme.

Le mari, en effectuant ces remises, exécute en effet simplement le mandat qu'il a reçu de la loi (1).

197. — Mais, qu'arriverait-il si le mari transmettait de ses biens propres à sa femme pour lui fournir le montant des restitutions auxquelles elle peut prétendre ? Y aurait-il là une dation en paiement passible des droits d'enregistrement, établis en matière de vente, ou bien le droit fixe de décharge serait-il seulement exigible ?

Pour la perception du droit de décharge de 3 francs, on a d'abord dit que les biens, ainsi abandonnés par le mari, avaient été acquis par lui avec de l'argent de la femme. Cet argument n'est pas acceptable et M. G. Demante le réfute en ces termes : « Cette circonstance ne » fait pas que, pendant la durée du régime matrimo- » nial, la femme ait été propriétaire des objets en ques- » tion. Si elle le devient, à la dissolution, il faut que

(1) Cass. 30 janvier 1866. Instr. gén., 2355, § 1 — Cass. 12 février 1867. Instr. gén. 2457, § 7.

» ce soit par une transmission émanée du mari » (1).

Pourtant, cette opinion se défend par de très sérieuses raisons, qui avaient déterminé en sa faveur une grande partie des auteurs et de la jurisprudence. On argumente de la sorte : sous le régime de l'exclusion de la communauté, comme sous le régime dotal, le mari reçoit la dot ou les propres de la femme à titre de mandataire et d'usufruitier, par conséquent, « le raisonnement à l'aide » duquel la jurisprudence est arrivée à dire que les choses reçues par l'usufruitier ne font pas partie de sa succession s'applique également aux choses reçues à titre de dot » (2). En ce qui concerne le régime de la séparation de biens et les paraphernaux de la femme, le mari est un véritable administrateur des sommes, biens ou valeurs, dont il a pu avoir la gestion, et la perception se règlera d'après les principes exposés ci-dessus pour le mandat (n° 194) (3).

Ce système, qui nous paraît très logique, n'a cependant pas prévalu, probablement à cause du préjudice qu'il aurait causé au Trésor. La Cour de cassation l'a condamné par trois arrêts du 11 août 1869 (4). La Cour s'est basée sur ce que la femme, pour le paiement de ses reprises, n'avait qu'un droit de créance garanti par son hypothèque légale. Cette créance ne constitue dès lors qu'une charge ordinaire de la succession du mari et, ne doit pas être déduite pour le calcul de l'impôt. Telle est la jurisprudence actuelle.

L'acte constatant le règlement des reprises en nature est donc seul tarifé au droit fixe. Toutefois, ce principe doit être entendu d'une manière libérale et avec plusieurs restrictions. Nous appliquerons ici la règle posée en ces

(1) *Principes de l'Enregistrement*, II, n° 639.

(2) Seine, 17 juin 1865. *Rép. pér.* 2124.

(3) En ce sens, M. Garnier, *Rép. pér.*, art. 2946, p. 517. — M. G. Demante, II, n° 696.

(4) *Rép. pér.*, 2986, Instr. gén. 2394.

termes par M. G. Demante, à propos de la question voisine de savoir si les reprises de la femme peuvent être défalquées de l'actif de la succession du mari : « Si, lors du décès, il existe du numéraire, des denrées, des billets de Banque, des titres au porteur, on peut admettre que ces choses sont la représentation des reprises de l'époux survivant et qu'ainsi elles ne sont pas dans le patrimoine du prédécédé (1) ». L'attribution à la femme d'une de ces valeurs n'entraîne par conséquent pas l'exigibilité du droit de dation en paiement.

B. Régime en communauté.

198. — La théorie des reprises est la contre-partie de celle du remploi (article 1468 et suivants, C. civ.).

Comme le mari a une action presque souveraine pendant le mariage, la loi accorde à la femme et à ses ayants droit la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer (article 1453, C. civ.).

199. — Avant d'aborder l'étude des règles de perception qui gouvernent cette matière, il est nécessaire de déterminer préalablement la nature de l'action en reprises.

Voici, d'abord, les textes du Code civil relatifs à notre sujet :

Article 1470. — *Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier prélève,*

1° *Ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ;*

2° *Le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ;*

3° *Les indemnités qui lui sont dues par la communauté.*

(1) M. G. Demante, II, n° 696. — Sol. 2 sept. 1889, *Revue pratique de l'En-reg.* n° 2879.

L'article 1471 dispose que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari et détermine la façon dont ils doivent être opérés sur les biens de la communauté.

Enfin, l'article 1472 donne à la femme et à ses héritiers le droit, en cas d'insuffisance de la communauté, d'exercer les reprises sur les biens personnels du mari, tandis qu'il ne permet au mari d'agir que sur les biens communs.

199 *bis*. — 1° A quel titre la femme exerce-t-elle ses prélèvements *vis-à-vis des créanciers de la communauté*, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce ? Est-ce comme co-propriétaire ou comme créancière ?

De la rédaction du Code civil à l'arrêt du 1^{er} août 1848 (1), il avait été admis, sans conteste, que la femme n'avait, pour le paiement de ses reprises, aucun droit de propriété à opposer aux créanciers de la communauté et qu'elle venait en concurrence avec eux, sans pouvoir jamais les primer.

Mais, à compter du 1^{er} août 1848 jusqu'à l'arrêt Moinet rendu le 16 janvier 1858 (2), la Cour de cassation, revenant sur son ancienne jurisprudence, a décidé à plusieurs reprises (3) que la femme agissait en qualité de copropriétaire, lorsqu'elle exerçait ses reprises.

Troplong (4) arrivait au même résultat que la Cour suprême en suivant un raisonnement différent. A son avis, si la femme doit primer les créanciers de la communauté, ce n'est pas comme copropriétaire ; c'est en vertu du bénéfice d'émolument de l'article 1483, dont le résultat est de lui procurer un véritable privilège.

(1) Dalloz, 48. 1. 189.

(2) Dalloz, 58. 1. 15.

(3) Cass., 15 février 1853, D. 53. 1. 75. — 2 janvier 1855, *Rép. pér.* 306.

(4) III, n° 1637.

Ce système devait être finalement condamné, tant pour ses inconvénients pratiques, qu'à cause des précédents historiques et des principes de notre droit moderne. Aussi, l'arrêt du 16 janvier 1858, rendu *toutes Chambres réunies*, a proclamé, d'une façon générale, que la femme pour ses reprises avait une créance ordinaire, soit qu'elle *acceptât* la communauté, soit qu'elle y *renonçât*.

Cette doctrine étant aujourd'hui irrévocablement admise, la controverse dont nous venons d'indiquer les phases principales n'a plus qu'un intérêt rétrospectif. Nous ne reproduirons pas les arguments qui ont été donnés de part et d'autre et nous nous référons purement et simplement, à cet égard, au réquisitoire du procureur général Dupin, dont les remarquables conclusions ont amené le retour à l'ancienne jurisprudence.

Si, vis-à-vis des créanciers de la communauté, la femme ne jouit d'aucun droit de préférence, elle vient toutefois au même rang que ces derniers pour le paiement de ses reprises. Plusieurs jurisconsultes (1) soutiennent cependant que, non seulement la femme *acceptante* ne peut primer les créanciers de la communauté, mais encore qu'elle doit passer après eux. Ils ajoutent qu'il n'y a là aucun inconvénient : la femme évitera ce résultat en renonçant (2).

Concluons donc en disant que la femme, acceptante ou renonçante, vient au marc le franc avec les autres créanciers de la communauté, sauf l'application du mode de paiement organisé en sa faveur par les articles 1470 et 1471 et les avantages que peut lui procurer son hypothèque légale.

200. — 2° A quel titre les époux, *dans leurs rapports entre eux*, exercent-ils leurs reprises ? Est-ce en qualité de *copartageants* ou en qualité de *créanciers* ?

(1) Voir notamment Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, n° 365 bis.

(2) Voir *infra*, n° 202 *in fine*.

En cas de renonciation de la femme, les biens de la communauté se trouvent appartenir au mari et se confondent dans son patrimoine. Dans cette hypothèse, c'est évidemment en qualité de créancière que la femme demande le paiement de ses reprises. De même, il peut arriver que, l'actif de la communauté étant insuffisant, la femme soit, dans une certaine mesure, désintéressée au moyen de valeurs tirées du patrimoine du mari ; c'est encore comme créancière qu'elle agit ici pour la portion dont elle n'est pas remplie en biens communs. Ces situations seront réglées au moyen des principes que nous avons exposés plus haut pour la restitution des biens dotaux sous les régimes sans communauté.

Ces points particuliers mis de côté, nous voyons que notre question ne se pose que pour le mari et la femme acceptante, et encore, pour cette dernière, dans la limite où ses prélèvements peuvent être effectués sur les biens communs.

201. — D'après la doctrine la plus généralement admise dans la jurisprudence civile, les époux (1), — aussi bien dans leurs rapports entre eux qu'à l'égard des créanciers de la communauté, n'agissent pas comme copropriétaires du fonds commun pour le paiement de leurs reprises (2).

Comme corollaire de cette idée, l'on devrait logiquement admettre l'exigibilité du droit proportionnel sur les biens de communauté livrés à la femme pour la remplir de ses créances. Nous verrons plus loin (n° 205) que, partant de ce principe, l'Administration, statuant en ma-

(1) Je dois dire cependant que cette controverse porte surtout sur les reprises de la femme. En effet, le mari ne pouvant ni renoncer à la communauté, ni abandonner l'actif aux héritiers de la femme pour exiger ses reprises en deniers, il est ordinairement admis que ses reprises le constituent copropriétaire des biens communs.

(2) Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 13, page 357. — Laurent, XXII n° 537. — Cass., 6 juillet 1870, *R. P.* 3259.

tière de mutation par décès, avait, à l'origine décidé que les reprises constituaient une charge de la communauté.

201^{bis}. — Néanmoins, la Cour de cassation et les auteurs, pour lesquels la femme agit comme créancière, se refusent à accepter que le paiement des reprises implique une transmission quelconque de propriété du mari ou de ses héritiers à la femme ou à ses héritiers et réciproquement. Les raisons qui motivent cette opinion se trouvent relatées dans les considérants d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 décembre 1864 sur le rapport de M. Laborie et que M. Garnier (1) résume en ces termes : « L'idée principale qui se dégage » de la discussion qui a précédé l'arrêt du 13 décembre » 1864, c'est que les reprises des époux, et spécialement » de la femme, constituent une créance d'une nature » particulière pouvant s'exercer, selon l'expression de » l'ancien droit, par *détraction* ou *délibration* sur les » biens de la communauté. Cette délibation ou ce pré- » lèvement n'a aucun des caractères attributifs de la » dation en paiement : l'époux exerce seulement un » choix qui lui appartient et prend sa propre chose. Dès » lors, il ne saurait être question de percevoir un droit » proportionnel de mutation de propriété. » D'après cet arrêt de 1864 le prélèvement effectué par les époux doit être assimilé à une opération préliminaire du partage destinée uniquement à dégager la consistance de la communauté, n'opérant aucune mutation de propriété, et, dès lors, affranchie de la transcription (2).

202. — Dans un autre système, auquel nous adhérons, l'on tient pour exacte la solution donnée par la Cour de cassation, mais on ajoute qu'elle est « juridique en droit civil comme en droit fiscal » (3). Si le prélève-

(1) M. Garnier, *Rép. gén.* 12506.

(2) En ce sens Aubry et Rau, V, § 511, p. 385. — M. Guillouard, II, n^{os} 967 et 698. Voir encore Cass. 20 juillet 1869, Dalloz, 69, 4. 427.

(3) M. Naquet, *op. cit.*, III, n^o 1073, p. 54.

ment des reprises n'est passible d'aucun droit de dation en paiement, de transcription ou de soulte, c'est, dit-on, parce que les époux agissent vis-à-vis l'un de l'autre comme copropriétaires du fonds social.

Pothier, tout en soutenant la doctrine d'après laquelle le prélèvement des reprises est l'exercice d'un *droit de créance*, enregistrait l'opinion contraire qui commençait alors à se faire jour : « Néanmoins, écrivait-il, plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres ne doit pas être tenu : ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur paraissent devoir être regardées *moins comme une créance* que comme donnant à celui qui les a *un droit plus fort dans la communauté* qu'à le conjoint qui a ces reprises à exercer, lequel *diminue d'autant* celui de l'autre conjoint qui n'en a pas de pareilles à exercer, et qu'en conséquence la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt *comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses, dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues en son lot après les prélèvements* faits au profit du survivant, le *surplus* des biens de la communauté étant censé *avoir toujours appartenu* au survivant, qui avait des reprises à exercer ; *que c'est une suite de l'effet déclaratif et rétroactif* que notre jurisprudence donne au *partage* » (1).

C'est donc cette opinion, dominante de leur temps (2), que les rédacteurs du Code ont consacrée dans les rapports des époux entre eux.

En faveur du système que nous exposons, on invoque encore les arguments suivants :

1^o Toute action suppose un débiteur ; or, cette condi-

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. V, art. 2, § 1.

(2) Voir Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, article 232. — Argou, *Institution au Droit français*, livre 3, chap. 4, pages 46-47 (édition de 1771).

tion fait ici défaut puisque les seuls obligés sont les biens de la communauté eux-mêmes.

2° Tandis qu'en général toute créance tend au payement d'une somme d'argent, obtenu, s'il est nécessaire, par la vente forcée des biens du débiteur, le prélèvement des reprises a pour objet l'attribution *en nature* de meubles ou d'immeubles de la communauté.

3° D'après l'article 830 du Code civil « si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers, à qui il est dû, prélèvent une portion égale sur la masse de la succession. — Les prélèvements se font autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté, que les objets non rapportés en nature ». De l'avis général ces prélèvements constituent une opération de partage. Or, les époux, qui exercent leurs reprises, ne sont-ils pas dans une condition identique à celle de ces héritiers? Est-ce qu'ils ne sont pas, comme eux, copropriétaires de la masse partageable et créanciers de cette masse (1)?

Mais, objectera-t-on, s'il en est ainsi, pourquoi la femme est-elle obligée de respecter, sur les effets mis dans son lot, les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs comme chef de la communauté? — Il nous semble que notre doctrine ne contient aucune contradiction. Par la nature même des choses, il y a une différence essentielle entre la situation de la femme et celle de l'héritier. L'héritier (article 883, C. civ.) voit résoudre les droits consentis par ses cohéritiers sur son lot, il n'a à redouter aucune action de la part de leurs créanciers. La femme n'est pas dans le même cas. On ne peut soutenir que, comme l'indivision, la communauté est censée n'avoir jamais existé par la vertu des articles 883 et 1476. En effet, la femme commune a donné à son mari le droit de l'obliger aux dettes jusqu'à concurrence

(1) M. Naquet, III, n° 1073, p. 55.

de son émolument ; c'est un pouvoir qu'elle lui a conféré virtuellement (1).

203. — Ceci posé, passons à la perception des droits d'enregistrement sur les reprises matrimoniales.

I. — REPRISES DE LA FEMME.

204. — (a) *La femme accepte la communauté.*

Droit fixe. — L'acceptation de la communauté par la femme n'est frappée que du droit fixe de 3 francs, parce qu'elle est simplement déclarative (loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 1, n° 2). Il en était déjà ainsi dans l'ancienne jurisprudence.

L'article 1454 du Code civil montre que l'acceptation peut être tacite. Dans ce cas, disent MM. Championnière et Rigaud (2), « l'Administration doit incontestablement être admise à prouver l'acceptation ; aucune disposition de la loi ne restreint pour elle les preuves légales à l'acte exprès de renonciation ; elle peut donc invoquer le droit commun et dès lors se prévaloir des présomptions établies par le Code ». L'acceptation tacite sera donc également soumise au droit fixe de 3 francs. Cette opinion n'est pas suivie en pratique.

Droit proportionnel. — Puisque c'est, en qualité de copropriétaire, qu'elle prend les objets destinés à la remplir du montant de ses reprises, la femme agit à l'égard de son mari *jure suo non jure cesso* : le droit proportionnel de mutation n'est donc pas encouru.

Une décision des Ministres de la Justice et des Finances du 18 juillet 1817 (Instr. 809, § 1) avait réglementé

(1) En faveur de l'opinion d'après laquelle les époux, dans leurs rapports, agissent comme copartageants voir : Demolombe, *Cours de Droit civil*, IX, n° 363 et suiv. — Marcadé, V, article 1472, II et III. — Rodière et Pont, I, n° 383 et suiv. — M. Esmein, *Revue critique*, 1877, p. 83 et suiv. — De Folleville, I, n° 492 bis et suiv.

2) *Op. cit.*, n° 2875.

la perception en ce sens, mais, à la suite de l'arrêt des Chambres réunies du 16 janvier 1858, les principes contenus dans cette décision furent battus en brèche. M. G. Demante (1) apprécie en ces termes le mouvement qui eut lieu à cette époque : « Un instant même, la rédaction peut-être trop compréhensive de l'arrêt des Chambres réunies a fait mettre en doute si, même au cas *d'acceptation*, il n'y aurait pas lieu de percevoir un droit proportionnel, sinon à titre de dation en paiement, tout au moins à titre de soulte. Mais c'était aller trop loin dans la réaction. L'arrêt du 16 janvier 1858 a eu pour objet de supprimer le privilège déguisé que procurait aux femmes la jurisprudence des cinq années antérieures. Il faut en apprécier la rédaction à ce point de vue *secundum subjectam materiam*. Cet arrêt n'a eu ni ne devait avoir aucune influence sur la perception relative au cas *d'acceptation* de la communauté, qui est demeuré réglé par la décision ministérielle de 1817 » (2).

Droit de transcription. — Les prélèvements opérés en immeubles sont dispensés du droit de transcription, car, l'acte qui les constate est déclaratif et non translatif de propriété. Ceci est une conséquence naturelle de notre système, qui voit un véritable partage, par rapport aux époux, dans le règlement des reprises.

Les partisans de la doctrine, d'après laquelle ces prélèvements ne constituent ni un partage proprement dit, ni une véritable dation en paiement, mais une simple opération de liquidation, concluent également à la non exigibilité du droit de transcription. Ils se basent sur ce que ces prélèvements, tout en s'exerçant à titre de créance, font cependant cesser, quant aux immeubles prélevés, l'indivision existant entre les époux et par ce motif doivent être, comme équivalents à partage, affran-

(1) II, n° 650.

(2) Ce point est reconnu par l'Administration. Instr. 2037, § 12.

chis « de la transcription obligatoirement prescrite par » la loi du 23 mars 1855 » (1).

Droit de soulte. — De ce que l'époux qui exerce ses reprises est considéré comme ayant dans la communauté *un droit plus fort*, il résulte qu'il n'est pas possible d'exiger le droit de soulte sur le prélèvement effectué. En effet, l'autre époux doit être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire dans les biens de la communauté d'autres choses que de celles qui lui sont échues dans son lot, après le prélèvement des reprises de son conjoint (2).

205. — *Lors du partage de la communauté, doit-on, pour le calcul du droit gradué, déduire de l'actif commun les reprises des époux ?* La doctrine de l'Administration est fixée en ce sens que cette déduction ne doit pas être opérée, parce que, vis-à-vis l'un de l'autre, les époux sont considérés comme *copropriétaires* pour l'exercice de leurs reprises, et qu'alors ils exercent leurs prélèvements *à titre de copartageants*. C'est, du reste, en vertu de ce principe que, dans les déclarations de

(1) Cass., 20 juillet 1869. Dalloz, 69, 1. 497.

(2) Conf. Cass. civ. rej., 15 décembre 1858. Palais, 1859, 858 avec la note de M. G. Demante. — La Cour, pour repousser la perception du *droit de soulte*, dit, dans les considérants de cet arrêt : « qu'on ne peut assimiler à une soulte le prélèvement des reprises ;... qu'un pareil prélèvement, à quelque titre qu'il s'exerce, est un acte *préparatoire* du partage, *mais ne doit pas être confondu avec ce partage* ; qu'il ne peut alors avoir aucune influence sur les droits auxquels ce même partage peut donner ouverture... » — Or, d'autres auteurs qui, de même que la Cour de cassation, ne reconnaissent au mari et à la femme, même dans leurs rapports entre eux, qu'un droit de créance d'une nature particulière pour l'exercice de leurs reprises, pour éviter l'exigibilité du *droit proportionnel* : « Les prélèvements que l'époux exerce constituent *une des opérations du partage* et se confondent avec lui au point de vue de la perception des droits d'enregistrement (M. Guillouard *op. cit.* II, n° 968, p. 437) ». Il y a donc parmi les partisans de la même doctrine divergence d'opinion sur le point de savoir si le prélèvement des reprises, en tant qu'opération préliminaire du partage, doit être ou non confondue avec le partage lui-même. De plus, la jurisprudence actuelle fait intervenir tantôt l'idée de créance, tantôt l'idée de partage, suivant qu'elle se place en droit civil ou en droit fiscal. Le système que nous avons suivi offre le mérite de l'unité de principe.

succession, l'on défalque de la masse active de communauté le montant des reprises de chacun des époux.

Ceci nous amène à décider que, si les reprises de la femme absorbaient l'intégralité de la masse commune, il n'y aurait plus lieu à partage entre les époux ni par suite à l'application du droit gradué (1).

Renonciation à l'ordre des prélèvements fixé par l'article 1471. — L'ordre des prélèvements, fixé par l'article 1471, est en faveur de la femme qui, par conséquent, peut y renoncer, d'accord avec les héritiers du mari. La perception ne sera donc pas modifiée par les changements apportés à l'ordre établi pour ces prélèvements. Par application de ces principes, ont été rendues de nombreuses décisions, parmi lesquelles nous relevons particulièrement une solution du 12 mars 1828 (J. E. 9028) et un jugement du tribunal de la Seine du 29 juin 1852.

206. — (b) *La femme renonce à la communauté.*

De même que l'acceptation, la renonciation n'est pas par elle-même translatrice de propriété. Le mari reste propriétaire de tout l'actif commun *jure suo non jure cesso*. Le droit fixe est seul dû sur les renonciations pures et simples, en vertu de l'article 68, § 1, n° 4 de la loi de frimaire.

Nous avons vu que, vis-à-vis des créanciers de la communauté tout au moins, la femme n'est que créancière de ses reprises, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce.

On a soutenu dans l'ancien droit et même de nos jours (2) que l'impôt proportionnel n'était encouru qu'autant que la femme exerçait ses reprises sur des biens étrangers à la communauté.

Bosquet (3) nous apprend que dans l'ancienne juris-

(1) Lyon, 5 décembre 1879, *Rép. pér.* 5.508.

(2) Voir M. Valette, *Revue pratique*, t. IV, p. 539. — Merlin, *Rép. V° Dation en paiement*.

(3) *V° Remploi*, n° 4.

prudence fiscale on distinguait, à cet égard, entre les droits seigneuriaux et les droits de centième denier. Quand il s'agissait de droits seigneuriaux, on admettait que la renonciation de la femme ne produisait d'effet qu'au point de vue des dettes. Mais, pour le paiement de ses reprises, la femme renonçante ne devenait pas absolument étrangère aux conquêts faits pendant le mariage. Ces conquêts étaient regardés comme affectés aux reprises, dont ils étaient censés provenir. Il n'en était pas ainsi pour le droit de centième denier qui était exigible si la femme renonçait. Or, c'est la législation du centième denier qui a surtout inspiré le législateur moderne.

Cependant, dira-t-on, la femme renonçante ne devient pas, même dans le droit actuel, complètement étrangère à la communauté, et ce qui le prouve, c'est que la Cour de cassation (1) admet que la femme renonçante a droit aux intérêts de ses reprises à compter de la dissolution de la communauté. Et, pourtant, l'article 1473, placé dans § 1 *Du partage de l'actif*, suppose l'acceptation de la communauté! Nous répondrons, avec M. G. Demante (2), que cette question des intérêts des reprises est d'ordre spécial et n'a aucun rapport avec l'hypothèse qui nous occupe.

Avec le système qui donnait à la femme, même renonçante, la qualité de propriétaire pour l'exercice de ses reprises, il fallait décider que le prélèvement n'opérait aucune mutation à son profit et que le droit proportionnel n'était pas dû.

Aujourd'hui, au contraire, qu'il est admis sans conteste que la femme renonçante n'est que créancière de ses reprises, l'on devra liquider le droit d'enregistrement.

(1) Cass., 9 février 1870. Dalloz, 70. 4. 119.

(2) M. G. Demante à son cours, 1888-1889.

d'après les principes exposés ci-dessus pour les régimes sans communauté.

206 *bis*. — Il peut arriver que la femme renonce à la communauté *postérieurement* à l'abandon qui lui a été fait de biens communs pour la remplir de ses reprises. Cette renonciation ultérieure autorisera la Régie à percevoir le droit de mutation, parce qu'en dernière analyse, par l'effet rétroactif de la renonciation, la femme se trouvera en possession de biens dont le mari a toujours été personnellement et exclusivement propriétaire.

Remarquons que la renonciation ne pourrait être rétractée pour erreur de droit.

La prescription du droit proportionnel exigible sur la cession de biens de communauté faite à la femme en paiement de ses reprises, court du jour de la renonciation (1).

207. — D'après l'article 1463 du Code civil : « la femme divorcée ou séparée de corps qui n'a point, dans les trois mois et 40 jours après le divorce et la séparation définitivement prononcés, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé ».

La présomption légale de renonciation édictée par l'article 1463 n'admet point de preuve contraire une fois le délai de 3 mois et 40 jours écoulé sans prorogation. La femme ne pourra se prévaloir de circonstances qui, d'après elle, ne lui auraient pas permis d'accepter en temps utile (2).

D'après plusieurs auteurs, la femme devient étrangère

(1) Instr. 2 septembre 1868, n° 2367, § 1.

(2) Aubry et Rau, V, § 517, texte et note 16, p. 415. — Au contraire, d'après M. Colmet de Santerre, VI, n° 419 bis, II, la femme peut détruire l'effet de la présomption en faisant acte d'acceptation et son droit ne serait prescrit que par l'expiration du laps de trente ans. — Cette opinion est également admise par M. Naquet, *op. cit.* III, n° 4074, p. 56.

à la communauté, aussitôt que le jugement, prononçant la séparation de corps ou le divorce, est devenu définitif (1).

Mais, cette interprétation est contraire au texte même de l'article 1463. Il ressort des termes de la loi que la présomption de renonciation de la femme commence seulement à partir de l'expiration des délais pour délibérer (2). La renonciation reste donc *in pendent*i durant trois mois et quarante jours. La convention qui, pendant cet intervalle de temps, interviendrait entre le mari et la femme pour remplir celle-ci de ses reprises au moyen de valeurs tirées de la communauté, devrait être considérée comme simplement déclarative.

La Régie serait autorisée à réclamer le droit de cession, si la femme renonçait formellement, ou était présumée renonçante après l'enregistrement de l'acte constatant les reprises (3).

L'article 1463 ne parle expressément que de la femme divorcée ou séparée de biens; néanmoins, il faut appliquer à la séparation judiciaire de biens, obtenue principalement, la présomption édictée par cet article (4).

II. — REPRISES DU MARI.

208. — Comme le mari ne peut répudier la communauté, l'exercice de ses reprises ne constituera jamais qu'une opération de partage échappant, en conséquence, au droit proportionnel.

209. — *Des reprises au point de vue des droits de mutation par décès.*

(1) En ce sens Dalloz, v° *Contrat de mariage*, n° 2236. — Seine, 8 avril 1859, *Rép. pér.* 1182.

(2) Sol. 13 septembre 1864. — Mirecourt, 25 janvier 1867, *Rép. pér.* 2901. — M. Garnier, *Rép. gén.* 12528.

(3) Lyon, 7 mai 1862. Rapporté par M. Garnier, *Rép. gén.* 12528.

(4) Aubry et Rau, V, § 517, texte et note 13, p. 415. — *Contrâ*, M. Colmet de Santerre, VI, n° 120 bis.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari et la femme acceptante prélèveront leurs reprises *jure suo non jure cesso*.

En cas de prédécès du mari, la femme, renonçant à la communauté, ou soumise à un régime exclusif de la communauté, exerce ses reprises en qualité de créancière de la succession de son défunt époux. Il peut arriver également que, tout en acceptant la communauté, la femme ne soit pas entièrement payée de ses reprises en biens communs ; elle se trouvera encore agir comme créancière pour la portion prise sur la masse de la succession. Dans ces hypothèses, sera-t-il permis de déduire de l'actif héréditaire le montant de ce qui est dû à la femme pour ses reprises ?

Cette question est en tous points semblable à celle étudiée plus haut (n^{os} 194 et suiv.). Nous nous sommes demandé si le mari, transmettant, pendant le mariage, de ses propres à sa femme non commune en biens pour lui fournir le montant de ses reprises, faisait une dation en paiement, ou se libérait comme un mandataire ou comme un usufruitier dont le droit a pris fin. Nous ferons ici l'application pure et simple de toutes les règles qui ont été déduites à ce moment.

APPENDICE

DU REMPLOI PRÉVU PAR L'ARTICLE 1595, 2^o DU C. CIV.

210. — Après cet exposé de la théorie fiscale des reprises, nous pouvons aborder la question du remploi opéré en conformité de l'article 1595, 2^o du Code civil.

Art. 1595. — « *Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :*

1^o 2^o *Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une CAUSE LÉGITIME, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté* ».

Que faut-il entendre par cause légitime ?

Le tribunal d'Arras dans un jugement du 15 juin 1880, confirmé par la Cour de Douai (arrêt du 10 novembre 1880), a donné à cette expression un sens trop étendu. D'après cette opinion, la cession consentie par le mari à la femme a une cause *légitime*, dès qu'elle a pour objet de remplir celle-ci, même par anticipation, de reprises dont il est justifié.

Cette interprétation est trop large. La cause légitime, dit M. Valette (1), est « celle qui se rattache à la loi, dont le but est de se conformer à quelque disposition légale ». « Cette définition, écrit M. Bufnoir (2), est peut-être un peu étroite dans sa formule, mais elle paraît

(1) M. Valette, *Mélanges publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen*, t. I^{er}, p. 484.

(2) Note de M. C. Bufnoir sur un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1881, S. 1883, p. 473.

d'une exactitude incontestable, si elle signifie, et telle était croyons-nous la pensée de M. Valette, qu'on ne peut considérer comme cause légitime que celle qui tend à réaliser une opération légale en soi, indépendamment du procédé par lequel on veut la réaliser. En un mot, il ne saurait être question de valider, à titre de vente entre époux exceptionnellement admise, une opération qui, prise en soi et accomplie sous une autre forme, ne serait pas régulière ».

La véritable pensée de la loi est que la créance de la femme, pour légitimer la cession en paiement que lui consent le mari, même avant la séparation de biens, n'a pas besoin d'être actuellement exigible (1), il suffit qu'elle soit susceptible d'un paiement actuel (2).

Quand elle est possible, la *datio in solutum* ressemble donc au remploi opéré sans déclaration dans l'acte d'achat. « Mais ce n'est pas la même chose, et par conséquent l'article 1595 ne donne pas un démenti à l'article 1435 » (3).

Dans le cas de remploi, opéré en vertu de l'article 1435, la femme, avons-nous vu (n° 168), accepte une offre de subrogation aux effets de l'acquisition du mari et n'est pas tenue des hypothèques légales ou judiciaires, qui, de son chef, grèveraient l'immeuble acheté. — Au contraire, dans le cas de *datio in solutum*, la femme n'est propriétaire que du jour de cette dation en paiement et ce d'une manière absolue.

211. — *Perception.*

1° Le mari a cédé à sa femme un de ses biens propres.

Dans cette hypothèse le droit proportionnel de vente et de transcription est exigible ; la femme succède à son mari comme un acheteur succède au vendeur.

(1) Chambéry, 21 février 1876. P. 1876, p. 586.

(2) *Conf.* Duvergier, *Vente*, T. I, nos 177 et 179.

(3) M. Colmet de Santerre, VI, 79 bis, X.

2° Le mari a cédé à sa femme un biens de communauté.

La question de perception reste *inpendenti* jusqu'à la dissolution de la communauté.

Lors de la cession, le droit de mutation ne devrait pas être perçu, car, si le remploi n'avait pas été fait pendant le mariage, la femme, en acceptant la communauté, pourrait, à l'époque de la dissolution de la société conjugale, obtenir l'attribution de l'immeuble cédé.

C'est une restitution anticipée de la dot.

Mais la renonciation de la femme donnerait au receveur le droit de recouvrer l'impôt resté en suspens jusqu'alors.

Quant au droit de transcription, l'Administration, après avoir varié, admet aujourd'hui son exigibilité immédiate (1). Il importe, en effet, à la femme de purger les privilèges et les hypothèques dont l'immeuble cédé a pu être grevé du chef du mari.

(1) Instr. gén. 1875, § 10. — Cass., 3 juillet 1850. S. 50. 1. 678. — *Contrà*. Instr. gén., 1490, § 2. — Troplong, *Traité des hypothèques*, t. IV, n° 903.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

Positions prises dans la thèse.

I. — Relativement aux choses dotales, le mari n'est tenu que de sa *culpa levis in concreto*.

II. — Dans la *delegatio dotis causâ*, l'insolvabilité du débiteur délégué ne pèse pas sur le mari délégataire.

III. — Les produits des mines et carrières ouvertes par le mari sur le fonds dotal sont des fruits.

IV. — Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, le mari retient sur la dot $\frac{1}{3}$ par enfant, et cette retenue s'exerce *in infinitum* c'est-à-dire sans limite légale jusqu'à l'épuisement de la dot.

V. — Le cumul des *retentiones ex dote* est permis même pour la *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores*.

VI. — Les peines infligées aux époux *propter mores* ne sont pas égales d'un époux à l'autre ni même proportionnelles d'un cas à l'autre.

Positions prises en dehors de la thèse.

I. — En principe, dans les créances à terme, la demeure ne résulte pas de l'échéance.

II. — Même dans les actes de droit strict conditionnels c'est à la volonté des parties qu'il faut s'en rapporter pour savoir si la condition s'est ou non réalisée. — Si une stipulation de peine a été ajoutée à une obligation, la peine n'est commise qu'autant que le débiteur est en faute.

III. — Le bénéfice de cession d'actions appartient aux *correi promittendi non socii*.

IV. — L'engagement du fidéjusseur qui s'est obligé *in duriorum causam* est nul et non réductible.

V. — La *retentio ex dote* n'est pas une application du principe général de la compensation. — La compensation légale n'a jamais été admise à Rome, même dans le droit de Justinien.

DROIT CIVIL.

Positions prises en dehors de la thèse.

I. — L'héritier qui a d'abord accepté sous bénéfice d'inventaire peut ensuite, contre l'intérêt et malgré l'opposition des créanciers héréditaires, revenir au régime de l'acceptation pure et simple.

II. — L'héritier pour partie, qui a payé la part dont il est personnellement tenu dans la dette du *de cuius*, ne peut purger l'immeuble hypothéqué qui a été placé dans son lot.

III. — Les sociétés civiles ne forment pas des personnes morales, ayant une existence propre et distincte, à moins qu'elles n'aient été établies et qu'elles ne fonctionnent sous l'une des trois formes propres au commerce.

IV. — Lorsque le mari, pendant le mariage, vend un de ses immeubles et que l'acquéreur remplit les formalités de la purge, la femme qui a inscrit son hypothèque légale ne peut, à l'ordre, obtenir collocation à raison de l'éventualité de droits nouveaux qui pourraient se produire dans l'avenir.

V. — Le 2^e alinéa de l'article 1094 fixe, d'une manière invariable, la quotité disponible entre conjoints ayant des enfants communs.

VI. — Si, dans le cours d'une instance en divorce, la femme peut, avec l'autorisation de justice, prendre des mesures conservatoires pour la garantie de ses droits, le pouvoir des juges ne peut aller jusqu'à dépouiller le mari de l'administration des

biens de la communauté pour en investir un tiers, qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la communauté légale à l'exclusion du mari.

Positions prises dans la thèse.

ENREGISTREMENT.

I. — L'acte entaché d'une nullité absolue, non encore constatée par le juge au moment de la présentation à l'enregistrement, donne ouverture au droit de la convention qu'il renferme.

II. — Le droit gradué et le droit proportionnel ne sont perçus avant la célébration du mariage que par une pure tolérance des contribuables.

III. — Le droit gradué n'est exigible que sur les valeurs dont l'existence est révélée par le contrat de mariage.

IV. — La stipulation d'une clause d'attribution à l'un des conjoints d'une part plus forte dans la communauté, sans réserver à l'autre époux la reprise de ses apports, ne constitue qu'une convention de mariage.

V. — L'acceptation *ex intervallo* par la femme du emploi, opéré à son profit par le mari, donne lieu au droit fixe d'enregistrement et au droit de transcription s'il s'agit d'un immeuble.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — La requête civile ne peut être admise contre les sentences en dernier ressort des juges de paix.

II. — L'avoué de 1^{re} instance peut se faire représenter devant la Cour par son collègue d'appel, à l'effet d'affirmer ses créances et de requérir distraction des dépens.

DROIT CRIMINEL.

III. — En cas de décès ou d'amnistie du prévenu, le tribunal de répression est dessaisi de l'action civile, s'il n'y a pas eu de jugement ou d'arrêt au fond.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

IV. — Les traités d'extradition conclus par le gouvernement français n'ont pas besoin de la sanction législative.

Vu par le Président de la thèse,
Vu par le Doyen, J. E. LABBÉ.
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer.
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

OBJET ET ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LA DOT LORS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

Notions préliminaires sur le principe de la restitution de la dot	7
SECTION I. — Ce qui doit être compris dans l'obligation dotale	31
Généralités	31
PREMIÈRE DIVISION. — <i>Dot constituée en argent ou en choses considérées in genere.</i>	32
DEUXIÈME DIVISION. — <i>Dot constituée en corps certains.</i>	32
CHAPITRE I ^{er} . — De la dot estimée.	33
CHAPITRE II. — De la dot non estimée.	46
§ 1 ^{er} . — <i>Objet principal de la restitution.</i>	46
I. — Généralités. Risques. Responsabilité	46
II. — Droits réels.	51
III. — Créances constituées en dot.	61
IV. — Dot constituée par acceptilation ou pacte <i>de non petento.</i>	73
§ 2. — <i>Fruits, intérêts et autres accessoires.</i>	83
I. — Fruits et intérêts.	83
II. — Autres accessoires	105
SECTION II. — Des causes qui peuvent modifier l'étendue de la restitution	115
CHAPITRE I ^{er} . — Des <i>retentiones.</i>	116
CHAPITRE II. — Passif grevant la dot de la femme.	134
CHAPITRE III. — De l'exception <i>quod facere potest</i>	135
SECTION III — Délai dans lequel doit être opérée la restitution	140

DROIT FRANÇAIS

DE LA PERCEPTION DES DROITS D'ENREGISTREMENT EN
MATIÈRE DE CONVENTIONS MATRIMONIALES.

Préliminaires	143
-------------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE

***De la perception des droits lors de la formation de la
société conjugale.***

CHAPITRE I ^{er} . — Conditions que doit réunir l'acte pour être tarifé comme contrat de mariage.	147
§ 1. — <i>Faut-il que le contrat de mariage soit valable civilement pour donner lieu à la perception du droit</i>	147
§ 2. — <i>Des actes qui bien qu'intervenant à propos du mariage ne doivent pas être considérés comme des contrats de mariage.</i>	171
CHAPITRE II. — Comment sont payés et restitués les droits sur les conventions de mariage	174
CHAPITRE III. — Du tarif applicable aux conventions ma- trimoniales.	189
I. — Législation du contrôle	189
II. — Loi des 5-19 décembre 1790.	190
III. — Loi du 22 frimaire an VII.	193
IV. — Loi du 28 avril 1816	194
V. — Loi du 28 février 1872	195
Liquidation du droit gradué.	197
CHAPITRE IV. — Examen des conventions matrimonia- les proprement dites	221
SECTION I. — Déclaration d'apports	222
SECTION II. — Reconnaissance des apports	226
SECTION III. — Adoption d'un régime.	229
§ 1. — <i>Régime en communauté</i>	229
A. Communauté légale	229
B. Communauté conventionnelle.	230
1 ^o Clauses restrictives de la communauté légale	230
2 ^o Clauses extensives de la communauté légale	231
3 ^o Clauses modificatives des effets de la communauté légale.	239
4 ^o Clauses dérogeant au principe du partage de la commu- nauté par moitié.	240
§ 2. — <i>Des conventions exclusives de communauté</i>	262
APPENDICE. — Caractères distinctifs des conventions de mariage et des stipulations avantageuses	263

DEUXIÈME PARTIE

Des suites de conventions de mariage.

CHAPITRE I ^{er} . — Actes intervenant pendant la durée de la société conjugale	274
SECTION I. — Du remploi et de l'emploi	274
§ 1. — <i>Du remploi</i>	274
§ 2. — <i>De l'emploi</i>	290
SECTION II. — Acquisition par un époux commun en biens de tout ou partie d'un immeuble dont il est copropriétaire par indivis	292
SECTION III. — Du retrait d'indivision	294
SECTION IV. — Rétablissement de la communauté après sépara- tion.	300
CHAPITRE II. — Dissolution de la société conjugale des reprises des époux.	302
APPENDICE. — Du remploi prévu par l'article 1595, 2 ^o	325
POSITIONS.	329

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, St-Dizier. 30 Passage Verdeau Paris.
